Die Bedeutung von „Gesetz und Recht“ in Artikel 20 Absatz 3 GG

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Dieter Baumeister

aus Stuttgart

~~1964~~

1963

7669

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.

DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE

1 Berlin 33, Garystr. 45

Die Bedeutung von „Gesetz und Recht“ in Artikel 20 Absatz 3 GG

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Dieter Baumeister

aus Stuttgart

1964

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Dekan: Prof. Dr. Horst Schröder

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Günter Dürig
2. Berichterstatter: Prof. Dr. Otto Bachof

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Dezember 1963

Inhalt

Seite

Literaturverzeichnis I - VIII

Abkürzungsverzeichnis IX - X

Einleitung 1

1. Kapitel: Vordergründige Auslegungsfragen

§ 1. Verhältnis von Art. 20 Abs. 3 GG zu § 1 GVG und Art. 97 GG 3

§ 2. Die besondere Bedeutung von "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG ... 7

2. Kapitel: Die eigentliche Auslegung von "Gesetz und Recht"

§ 3. Die Fragestellung aus Art. 20 Abs. 3 GG 11

§ 4. Die entspannte Auslegung von "Gesetz und Recht" 13

§ 5. Die überspannte Auslegung von "Gesetz und Recht" 17

§ 6. Die gemäßigte Recht-vor-Gesetz-Auslegung 24

§ 7. Kritisches zu den Konstruktionen der gemäßigten Auslegung 32

§ 8. Die Rechtsprechung zu "Gesetz und Recht" 40

§ 9. Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 3 GG 42

3. Kapitel: Entwicklung des Gesetzes- und Rechtsbegriffs unabhängig von Art. 20 Abs. 3 GG

§ 10. Zweck und Bedingungen dieses Versuchs 47

Seite

§ 11. Methode und Abgrenzungen bei der Entwicklung des Rechtsbegriffs 49

§ 12. Rechtsgeltung kraft Setzung oder kraft Wertteilhabe? - Eine historische Übersicht 54

§ 13. Der heutige Rechtsbegriff unter der Geltungsfrage 75

§ 14. Die Besonderheiten des Gesetzesbegriffs 79

§ 15. Voluntaristischer oder werterfüllter Gesetzesbegriff? 84

§ 16. Konsequenzen für die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 GG 89

4. Kapitel: "Gesetz und Recht" im Verhältnis zu den übrigen grundgesetzlichen Sicherungen gegen "unrichtiges Recht"

§ 17. Die verschiedenen Bedeutungen des Rechtsstaatsbegriffs 93

§ 18. Der Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes und Art. 20 Abs. 3 GG 97

§ 19. Art. 20 Abs. 3 GG und die Grundrechte 104

Schluß

§ 20. Art. 20 Abs. 3 GG als Zentrum des verfassungsmäßigen Schutzes vor Aushöhlung des Rechts 106

Literaturverzeichnis

Anschütz, Gerhard	Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11.8.1919, 14. Aufl., Berlin 1933
Apelt, Willibalt	Die Gesetzgebungstechnik, München 1950
Bachof, Otto	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats (Mitbericht), in: VeröffVDStRl, Heft 7, S. 37 ff.
Ders.	Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959
Ders.	Verfassungswidrige Verfassungsnormen?, in: Recht und Staat, Nr. 163/164, Tübingen 1951
Bergbohm, Carl	Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Leipzig 1892, Bd. I
Bettermann, Karl August	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2, S. 523 ff.; hrsg. v. Karl August Bettermann, Hans Carl Nipperdey u. Ulrich Scheuner, Berlin 1959 (zit.: Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte)
Bierling, Ernst Rudolf	Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. I, Gotha 1877
Binder, Julius	Philosophie des Rechts, Berlin 1925
Bloch, Ernst	Naturrecht und menschliche Würde, Frankfurt a. M. 1961
Bockelmann, Paul	Richter und Gesetz, in: Festschrift für Rudolf Smend, Göttingen 1952, S. 23 ff.
Bonner Kommentar	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, v. H.J. Abraham, O. Bühler, B. Dennewitz, H. Herrfahrdt, H. Holtkotten, Jeß, E. Kern, R. Laun, W. Meder, E. Menzel, R. Schneider, H.U. Scupin, K.G. Wernicke, Hamburg (Cop. 1954)
Brodmann, Erich	Über Wesen und Begriff des Rechts, in: IherJb., Bd. 55, S. 277 ff.

Buchwald, Friedrich Gerechtes Recht, 2. Aufl., Weimar 1947

Coing, Helmut	Die obersten Grundsätze des Rechts, in: Schriften der SJZ, Heft 4, S. 150 ff.
Darmstädter, Friedrich	Der Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG, in: NJW 1957, 769 ff.
v. Doemming - Füsslein - Matz	Entstehungsgeschichte der Artikel des GG, in: JöR, Bd. 1 NF., bearbeitet v. Klaus-Berto v. Doemming, Rudolf Werner Füsslein, Werner Matz (zit.: Matz, Entstehungsgeschichte)
Dürig, Günter	Art. 2 GG und die Generalermächtigung zu allgemeinpolizeilichen Maßnahmen, AöR 79, 69 ff. (zit.: Dürig, Art. 2 GG und die Generalermächtigung)
Eisele, Fr.	Unverbindlicher Gesetzesinhalt, AcP 69, 275 ff.
Evers, Hans-Ulrich	Zum unkritischen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart, JZ 1961, 241 ff.
Flavius, Gnaeus	Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906
Forsthoff, Ernst	Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VeröffVDStRL, Heft 12, S. 8 ff.
Ders.	Die Bindung an Gesetz und Recht, DÖV 1959, 41 ff.
Ders.	Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, Berlin 1959, S. 35 ff.
Ders.	Über Maßnahmegesetze, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 221 ff.
v. Freytagh-Loringhoven, Axel	Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit, München 1924
v. Gierke, Otto	Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien, 5. Aufl., Aalen 1958 (zit.: O.v.Gierke, Althusius)

Ders.	Naturrecht und Deutsches Recht, Frankfurt 1883
Hamann, Andreas	Das Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied u. Berlin 1961
Heller, Hermann	Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, in: Veröff DStRL, Heft 4, S. 98ff.
Henning, Rudolf	Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart, Münster 1961
v. Hippel, Ernst	Das Naturrecht in der Rechtsprechung in der Bundesrepublik, in: Mechanisches und moralisches Rechtsdenken, Meisenheim 1959, S. 224 ff.
Ders.	Über die Verbindlichkeit der Gesetze, AöR 18 NF., 86 ff.
Hold v. Ferneck, Alexander	Die Rechtswidrigkeit, Jena 1903, Bd. I
Huber, Ernst Rudolf	Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., Hamburg 1937 (zit.: Huber, Verfassungsrecht)
Huber, Hans	Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 59 ff. (zit.: Huber, Krise des Rechtsstaats)
v. Ihering, Rudolf	Der Zweck im Recht, Leipzig 1893/98
Ipsen, Hans Peter	Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, DVBl. 1949, 486 ff.
Jahrreiß, Hermann	Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Düsseldorf 1950, Bd. 2, S. 203 ff. (zit.: Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat)
Jellinek, Georg	Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Darmstadt 1959
Jesch, Dietrich	Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
Kägi, Werner	Rechtsstaat und Demokratie, in: Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 107 ff.
Kaufmann, Erich	Die Gleichheit vor dem Gesetz i.S. des Art. 109 WV, in: Veröff VDStRL, Heft 3, S. 3 ff.

Kelsen, Hans	Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925
Ders.	Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960
Ders.	Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröff VDStRL, Heft 5, S. 30 ff.
Klein, Friedrich	Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, in: ZgesStW, Bd. 106, S. 93 ff.
Laband, Paul	Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Tübingen 1911/14
Lange, Heinrich	Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934
Lehmann, Heinrich	Die Wirkungsstärke des Naturrechts, in: Festschrift für Leo Raape, Hamburg 1948, S. 371 ff.
Lisser, Kurt	Der Begriff des Rechts bei Kant, Berlin 1922
Löwe - Rosenberg - Schäfer	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, hrsg. v. E. Löwe, Walter Rosenberg u. Karl Schäfer, Bd. 2, 20. Aufl., Berlin 1956 (zit.: Schäfer, Löwe - Rosenberg)
Maihofer	Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG), in: Annales Universitatis Saraviensis 1960, S. 5 ff. (zit.: Maihofer, Die Bindung des Richters)
v. Mangoldt, Hermann	Das Bonner Grundgesetz, Berlin u. Frankfurt a.M. 1953
v. Mangoldt - Klein	Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl., neubearbeitet v. Friedrich Klein, Bd. I, Berlin u. Frankfurt a.M. 1957 (zit.: Klein, v. Mangoldt - Klein)
Marschall v. Bieberstein, Fritz	Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, Stuttgart 1927
Maunz, Theodor	Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl., München u. Berlin 1962
Maunz - Dürig	Grundgesetz, Kommentar v. Theodor Maunz u. Günter Dürig, München u. Berlin 1961 (zit.: Kommentar)
Menger, Christian-Friedrich	Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: Veröff VDStRL, Heft 15, S. 3 ff.

Ders.	Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Grundgesetz, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 173, Tübingen 1953 (zit.: Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats)
Meyer, Georg	Der Staat und die erworbenen Rechte, Leipzig 1895
v. Mohl, Robert	Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I, Erlangen 1855
Nawiasky, Hans	Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich u. Köln 1948
Ders.	Allgemeine Staatslehre, 3. Teil: Staatsrechtslehre, Einsiedeln, Zürich u. Köln 1956 (zit.: Nawiasky, Staatsrechtslehre)
Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, hrsg. v. Ludwig Enneccerus, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959 (zit.: Nipperdey, Allgemeiner Teil)
Peters, Hans	Rechtsstaat und Rechtssicherheit, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. 3, Düsseldorf 1951, S. 66 ff.
Peters, Karl	Das Gewissen des Richters und das Gesetz, in: Gegenwartsprobleme des Rechts, Heft 1 NF., 1950
Radbruch, Gustav	Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Sp. 105 ff.
Ders.	Grundzüge der Rechtsphilosophie, Leipzig 1914
Ders.	Rechtsphilosophie, 5. Aufl., hrsg. v. Erik Wolf, Stuttgart 1956
Rommen, Heinrich	Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, München 1947
Rümelin, Gustav	Eine Definition des Rechts, in: Reden und Aufsatze, Bd. 2, Freiburg und Tübingen 1881, S. 317 ff.
Ruscheweyh, Herbert	Zeitbedingte Probleme in der Strafrechtspflege, in: Justiz und Presse, 1948, S. 27 ff.
v. Savigny, Friedrich Karl	Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Heidelberg 1814

Scheuner, Ulrich	Grundfragen des modernen Staates, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. 3, Düsseldorf 1951, S. 126 ff. (zit.: Scheuner, Grundfragen)
Schiffer, Eugen	Die deutsche Justiz, 2. Aufl., München u. Berlin 1949
Schindler, Dietrich	Über den Rechtsstaat, in: Separatabdruck aus der Festgabe für Max Huber, Zürich 1934
Schmidt, Eberhard	Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1, Karlsruhe 1952 (zit.: Eb. Schmidt, Gesetz und Richter)
Ders.	Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I, Göttingen 1952 (zit.: Eb. Schmidt, Lehrkommentar)
Ders.	Montesquieus "Esprit des Lois" und die Problematik der Gegenwart von Recht und Justiz, in: Festschrift für Wilhelm Kiesselbach, Hamburg 1947, S. 177 ff. (zit.: Eb. Schmidt, Montesquieu)
Ders.	Politische Rechtsbeugung und Richteranklage, in: Justiz und Verfassung, Sonderveröffentlichung des ZJBl. 4, 55 ff., 1948 (zit.: Eb. Schmidt, Politische Rechtsbeugung)
Ders.	Unabhängigkeit der Rechtspflege, in: Tagung deutscher Juristen in Bad Godesberg v. 30.9.-1.10.1947, Sonderveröffentlichung des ZJBl. 4, 223 ff., 1947
Schmitt, Carl	Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts am 1.10.1929, Berlin u. Leipzig 1929, Bd. I, S. 173 ff.
Ders.	Verfassungslehre, München u. Leipzig 1928
Schrader, H.W.	Recht und Gesetze, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. 3, Düsseldorf 1951, S. 78 ff.

Ders.	Recht und Gesetzgebung, in: Der öffentliche Dienst, erweiterte Ausgabe der Zeitschrift "Die Neue Verwaltung", Zeitschrift für die Ausbildung u. Fortbildung der Dienstkräfte der öffentlichen Verwaltung in Hessen u. Rheinland-Pfalz, Stuttgart u. Köln, S. 241 ff.
Smend, Rudolf	Verfassung und Verfassungsrecht, München u. Leipzig 1928
Somlo, Felix	Juristische Grundlehre, Leipzig 1927
Spiegel	Gesetz und Recht, München 1913
Staff, Curt	Gesetz und Recht, in: Hessische Hochschulwochen für staatswissenschaftliche Fortbildung 1953, Bad Homburg v.d.H. u. Berlin 1953, S. 128 ff.
Stammler, Rudolf	Die Lehre vom richtigen Recht, Berlin 1902
Ders.	Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin u. Leipzig 1928, (zit.: Stammler, Rechtsphilosophie)
Ders.	Wirtschaft und Recht, Leipzig 1906
Süsterhenn - Schäfer	Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, hrsg. v. Adolf Süsterhenn u. Hans Schäfer, Koblenz 1950
Thoma, Richard	Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 43, 267 ff. (zit.: Thoma, Prüfungsrecht)
Ders.	Grundbegriffe und Grundsätze, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. v. Gerhard Anschütz u. Richard Thoma, Tübingen 1930/32, Bd. II, S. 137 ff.
Ders.	Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR 4, 196 ff. (zit.: Thoma, Rechtsstaatsidee)
Triepel, Heinrich	Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in: Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923, S. 93 ff. (zit.: Triepel, Festgabe für W. Kahl)
Weber, Werner	Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, Göttingen 1949

Wehrhahn, Herbert	Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: Veröff VDStRL, Heft 15, S. 52 ff.
Weischedel, Wilhelm	Recht und Ethik, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 19, Karlsruhe 1956
Welzel, Hans	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, 3. Aufl., Göttingen 1960 (zit.: Welzel, Naturrecht)
Ders.	Vom irrenden Gewissen, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Tübingen 1949, Nr. 45 (zit.: Welzel, Irrendes Gewissen)
Wieacker, Franz	Gesetz und Richterkunst, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 34, Karlsruhe 1958
Ders.	Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337 ff.
Wolff, Hans J.	Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 30 ff. (zit.: Wolff, Rechtsgrundsätze)

Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik, Stuttgart und Köln
DRiZ	Deutsche Richterzeitung, Köln und Berlin
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift, Tübingen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln und Berlin
E	Entscheidung(en)
Festg.	Festgabe
Festschr.	Festschrift
G	Gesetz
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz vom 27. Januar 1877 (RGBl. S. 41) i.d. Fassung der Bekanntmachungen vom 12. September 1950 (BGBl. I, S. 513)
HA-Steno	Verhandlungen des Hauptausschusses des Parlamentarischen Rates, Bonn 1948/49
HerrenChE	Entwurf des sog. Verfassungskonvents, der vom 10.-23.8.1948 in Herrenchiemsee tagte
HESt.	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen, Sammlung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte, Heidelberg
hrsg.	herausgegeben
i.e.S.	im engeren Sinne
IherJb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen Rechts und deutschen Privatrechts, Jena
i.S.	im Sinne
i.V.	in Verbindung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Tübingen
JR	Juristische Rundschau, Berlin

JZ	Juristenzeitung, Tübingen
KG	Kammergericht
Komm.	Kommentar
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg
MRVO 165	Militärregierungsverordnung Nr. 165, in Kraft seit 15.9.1948 (Amtsblatt der Militärregierung 1948 Nr. 24, S. 799)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München und Berlin
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHSt.	Entscheidungen des OGH in Strafsachen
OLG	Oberlandesgericht
Randn.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
S.	Seite
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg
Sp.	Spalte
StPO	Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877 (RGBl. S. 253) i.d. Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl. I, S. 629)
Veröff VDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
WV	Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383)
z.B.	zum Beispiel
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Berlin und Tübingen
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZJBl.	Zentraljustizblatt für die Britische Zone
ZPO	Zivilprozeßordnung vom 30. Januar 1877 (RGBl. S. 83) i.d. Fassung der Bekanntmachung vom 12. September 1950 (BGBl. I, S. 533)

E i n l e i t u n g

Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Dieser Satz aus Art. 20 Abs. 3 GG stiftete schon viel Verwirrung. So wurde der Doppelbegriff "Gesetz und Recht" als überflüssig, gefährlich[1], als tautologisch[2] und im Hinblick auf die sich aus dem Begriffspaar ergebenden Auslegungsschwierigkeiten von Zacher als mysteriöse Alternative bezeichnet[3].

Es wäre aber auch fast ein Wunder gewesen, wenn das Verständnis dieses Begriffspaars leichter gefallen wäre. Zu dieser Behauptung kommt man - ganz abgesehen von rechtstechnischen Problemen - durch zweierlei Erwägungen:

1.) Die Begriffe Gesetz und Recht gehören zu den Grundbegriffen der Rechtswissenschaft überhaupt. Sie sind Ausgangspunkt der Theorien von Recht und Staat und liefern schon aus diesem Grund jeder für sich eine Menge Stoff zu Auseinandersetzungen. Befinden sich diese beiden Begriffe dazu noch in e i n e r Norm, dann bedeutet das für den Gesetzesanwender, daß er die Auslegung beider zusammen, gewissermaßen in einem Atemzug, vornehmen muß. Er kann nicht etwa den Gesetzesbegriff weit auslegen mit der Hoffnung, im Hintergrund werde sein Gesetzesbegriff durch die Grenzen des Rechtsbegriffs

---

1) Fritz Werner, Die Stellung des Richters im Bonner GG, JR 1949, 303.
2) Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.
3) Ratifizierungsgesetz und Normenkontrolle, DVBl. 1955, 650.

eingeschränkt. Er muß Farbe bekennen und kann sich nicht um das Verständnis beider Begriffe vorbeidrücken.

2.) Die Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Auslegung des Doppelbegriffs werden noch evidenter, wenn man sich bewußt wird, daß die "Gesetz und Recht" beherbergende Norm nicht irgendeine Norm ist, sondern zu den wichtigsten des GG gehört, da hauptsächlich aus ihr das Rechtsstaatsprinzip abgeleitet wird[1]. Somit erscheint das Problem an einer Stelle, wo es ins Auge sticht und ihm nicht nur theoretische Bedeutung zukommt.

---

1) Vgl. für viele: Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.

1. K a p i t e l : V o r d e r g r ü n d i g e A u s l e g u n g s f r a g e n

§ 1. Verhältnis von Art. 20 Abs. 3 GG zu § 1 GVG und Art. 97 GG

Bevor die eigentliche Problematik der Gesetz-Recht-Verknüpfung aufgedeckt werden kann, müssen einige vordergründige Fragen behandelt werden. Sie resultieren daraus, daß dem Satz "Die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden" zwei andere Normen gegenüberstehen: Art. 97 GG und § 1 GVG.

In Art. 97 Abs. 1 heißt es: "Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen", und § 1 GVG lautet: "Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt".

Beiden Vorschriften ist zunächst gemeinsam, daß sie nicht von der Bindung der Verwaltung an das Gesetz handeln. Beide Normen richten sich nur an die Rechtsprechung. Art. 20 Abs. 3 geht insofern weiter, als nach ihm auch die Exekutive an Gesetz und Recht gebunden ist. Für die Frage, wie weit die Verwaltung gebunden ist, taucht das sich aus dem Vergleich zwischen Art. 20 Abs. 3, 97 GG § 1 GVG ergebende Problem damit nicht auf[1].

---

1) Es wird im folgenden ohnehin hauptsächlich von der Bindung der Rechtsprechung ausgegangen, da sich die Problematik von "Gesetz und Recht" besonders und plastisch bei der richterlichen, vor allem bei der strafrichterlichen Tätigkeit zeigt.

1.) Art. 97 und § 1 GVG binden beide nur an das Gesetz. Durch Art. 97 werden die "Richter", durch § 1 GVG wird die "richterliche Gewalt" an das Gesetz gebunden. Diese verschiedenen Formulierungen lassen jedoch nicht auf eine Verschiedenartigkeit des Inhalts beider Normen schließen[1]. Es besteht damit nur noch eine - mindestens äußere - Divergenz zwischen der Bindung an das Gesetz in Art. 97, § 1 GVG einerseits und der Bindung an Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 andererseits.

2.) Dieser Widerspruch kann auf drei Wegen gelöst werden und zwar

a) indem man Art. 20 Abs. 3 und Art. 97, § 1 GVG überhaupt die funktionelle Parallelität abspricht;

b) indem man Art. 97, § 1 GVG als maßgebend betrachtet und aus diesem Aspekt Art. 20 Abs. 3 eng auslegt, also den Begriff des "Rechts" sozusagen weginterpretiert;

c) indem man Art. 97, § 1 GVG vom Standpunkt des Art. 20 Abs. 3 aus weit auslegt und den beiden Vorschriften das "Recht" hinzuinterpretiert.

Die unter a) aufgezeigte Lösungsmöglichkeit ist in Wirklichkeit nur eine scheinbare. Denn würde man diesen Weg beschreiten, so würde der sachliche Zusammenhang, wie er den Vorschriften zu entnehmen ist, zerrissen werden, nur damit so das Auslegungsproblem beseitigt würde. Gegenüber dem gemeinsamen Sinn der Normen kann für ihre grundsätzliche Verschiedenartigkeit nicht ins Feld geführt werden, daß sie an verschiedenen Standorten erscheinen. Verschiedene Standorte haben auch Art. 97 und § 1 GVG. Trotzdem ist man sich über ihre Gleichartigkeit einig. Art. 20 Abs. 3 wiederholt außerdem höchstens im Satzfragment "Rechtsprechung ... an Gesetz und Recht gebunden" Art. 97 und § 1 GVG.

---

1) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Randn. 1 zu § 1 GVG.

Im übrigen enthält die Norm den umfassenden Gedanken der Bindung aller drei Gewalten und drückt damit einen wesentlichen Teil des Rechtsstaatsprinzips aus[1]. Während somit Art. 20 Abs. 3 ein Verfassungsprinzip formuliert, wendet sich Art. 97 direkt an den Richter. Damit entfallen jedenfalls die Widersprüche zwischen Art. 97[2] und Art. 20 Abs. 3[3] insoweit, als sie wegen ihres Ausmaßes eine einheitliche Auslegung der drei Normen unmöglich gemacht hätten.

Der zweite Weg (b) würde dahin führen, "Gesetz und Recht" als erweiterte Umschreibung von Art. 97 zu betrachten, so daß der Doppelbegriff nichts anderes bedeutete als das bare Gesetz in Art. 97. Art. 20 Abs. 3 hätte dann den materiellen Gesetzesbegriff aus Art. 97[4] in formelles "Gesetz" und materielles Gesetz = "Recht" aufgespalten.

Bettermann, der die von ihm selbst als "primitiv"[5] apostrophierte Meinung vertritt, der Doppelbegriff "Gesetz und Recht" spiele auf den Gegensatz zwischen formellem und materiellem Gesetz oder aber auf den Gegensatz zwischen gesetztem - und Gewohnheitsrecht an, erwähnt nicht ausdrücklich, daß er über Art. 97 zu diesem Ergebnis gekommen ist.

---

1) Ob "Gesetz und Recht" insoweit nur deklaratorischen Charakter haben oder für das Rechtsstaatsprinzip konstitutiv wirken, wird im 4. Kapitel untersucht.
2) und § 1 GVG, der wegen seiner inhaltlichen Identität mit Art. 97 nicht jedesmal erwähnt zu werden braucht.
3) Vgl. Holtkotten, Bonner Kommentar, Anm. II 2 a zu Art. 97.
4) Vgl. Schäfer, Löwe - Rosenberg, Anm. 3 zu § 1 GVG.
5) Bettermann, Die Unabhängigkeit der Gerichte, S. 531.

Der dritte Lösungsversuch (c) endlich geht davon aus, daß "Gesetz und Recht" nicht mit anderen Worten ausgedrückt das gleiche seien wie "Gesetz" in Art. 97, sondern "Gesetz" in Art. 97 seinen Inhalt von Art. 20 Abs. 3 empfange. Nur über diesen Weg stößt man zu der eigentlichen Problematik des Art. 20 Abs. 3 vor.

3.) Alle Autoren[1] und die Gerichte[2], die sich die Frage stellten und sie wenigstens teilweise positiv beantworteten, ob denn der Begriff "Recht" eine Bindung des Richters an übergesetzliches Recht, an die Gerechtigkeit oder schlechthin an materiale Werte anzeige, müssen mehr in diesem Rechtsbegriff sehen als nur das Gesetz im materiellen Sinn oder Gewohnheitsrecht. Da fast allgemein eine nur vorsichtige Handhabung von"Recht" in Art. 20 Abs. 3 befürwortet wird, aber auch nur wenige dem "Recht" und somit Art. 20 Abs. 3 die Spitze ganz abbrechen möchten, wird dieser dritte Lösungsversuch meist - wenn auch nicht immer ausdrücklich - unternommen.

---

1) Vgl. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 51; Klein, v. Mangoldt - Klein, Anm. VI 4 f zu Art. 20; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 58; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 395 ff.; Wernicke, Bonner Kommentar, Anm. II 3 e zu Art. 20.

2) Vgl. BVerfG v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225 ff.; BGH v. 12.7.1951, BGHZ 3, 94 ff. (107); v. 12.2.1952, BGHSt. 2, 173 ff. (177); v. 10.7.1952, NJW 1952, 1139; Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. 35 ff. (41); OLG Oldenburg v. 4.10.1949, NJW 1950, 38.

§ 2. Die besondere Bedeutung von "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG

Mit diesem dritten Lösungsversuch kommt man zu einem vernünftigen Ergebnis. Die Einheit der drei Vorschriften wird gewahrt, und die starke Formulierung von Art. 20 Abs. 3 durch den Grundgesetzgeber wird nicht von vornherein auf das Geleis der Formalinterpretation geschoben.

1.) Für diese Auffassung spricht vor allem die Tatsache, daß die Bindungselemente in Art. 20 Abs. 3 und in Art. 97, § 1 GVG deshalb äußerlich verschieden sind, weil § 1 GVG, dem Art. 97 nachgebildet ist, seine Entstehung einem ganz anderen Zweck verdankt als Art. 20 Abs. 3. § 1 GVG ist als Waffe gegen die Kabinettsjustiz entstanden und hob bei seiner Entstehung maßgeblich auf die Unabhängigkeit des Richters gegenüber dem Monarchen ab. Er gab damit in der Hauptsache trotz seines Wortlautes eine negative Aussage. Nicht woran der Richter gebunden sein sollte, sondern woran nicht, war historisch gesehen sein Norminhalt. Dazu kommt, daß in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts die inhaltliche Richtigkeit von Gesetzen nicht bezweifelt wurde. Diese Tatsache hängt mit der fast sakrosankten Stellung des konstitutionellen Gesetzgebers jener Zeit und mit der damals üblichen gründlichen wissenschaftlichen Arbeit vor dem eigentlichen Gesetzgebungsverfahren zusammen[1]. Ein auf diese Weise ideologisch und praktisch fundierter Positivismus brauchte die Frage nicht zu stellen, ob der Richter außer an das Gesetz noch an etwas darüberhinaus gebunden sei. Der Grundgesetzgeber auf

---

1) Vgl. Eb. Schmidt, Montesquieu, S. 177.

der anderen Seite befand sich bei Abfassung von Art. 20 Abs. 3 in einer anderen Lage. Die Unabhängigkeit des Richters im Sinne von § 1 GVG war für ihn eine selbstverständliche Voraussetzung des demokratischen Rechtsstaates; umsomehr als die nationalsozialistische Zeit gezeigt hatte, wie mit der Einschränkung dieser Unabhängigkeit der Rechtsstaat immer mehr verkümmert und an seine Stelle die Despotie getreten war.

2.) Wenn der Grundgesetzgeber das Prinzip der Unabhängigkeit des Richters auch vorfand, so tauchte doch für ihn die Frage auf, von w a s er den Richter positiv abhängig machen sollte. Es soll hier nicht einer genaueren Auslegung des Begriffspaars "Gesetz und Recht" vorgegriffen werden. Es muß aber hier schon erwähnt werden, daß die geschichtliche Situation dem Grundgesetzgeber die Frage aufdrängte, ob es ausreichte, den Richter nur an das Gesetz zu binden. Der NS-Positivismus, nach dem der "Führer" das völkische Recht mit unbedingter Verbindlichkeit feststellen konnte[1)], zeigte den Wert eines "Gesetzes", das unabhängig von allen inhaltlichen Bindungen erlassen werden konnte.

Die Gerichte wendeten deshalb zwischen 1945 und der Schaffung des Grundgesetzes Naturrecht oder sonstiges überpositives Recht an, um die Rechtswirksamkeit ordnungsgemäß zustandegekommener aber jeglichen Gerechtigkeitsgehaltes barer NS-Vorschriften ex tunc aus-

---

1) Vgl. Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht, S. 244.

zuschalten[1]. Auch in der Literatur[2] wurde damals der Ruf nach überpositivem Recht immer lauter.

So wird verständlich, daß diese Relativierung des Gesetzesbegriffs und die Suche nach festen und sicheren Anhaltspunkten für die Rechtsprechungstätigkeit auch im Grundgesetz ihren Niederschlag fand. Damit ist noch nichts über die aktuelle Bedeutung von "Gesetz und Recht" ausgesagt. Aber damit dürfte bewiesen sein, daß der Grundgesetzgeber mit dem Begriffspaar in Art. 20 Abs. 3 nicht lediglich das "Gesetz" in Art. 97 wiederholen wollte,und deshalb gesonderte Überlegungen zu Art. 20 Abs. 3 trotz des hinreichend geklärten Art. 97 notwendig sind.

3.) Im Gegenteil: Sollte die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 ergeben, daß danach der Richter an mehr als an formelles und materielles Gesetz sowie an Gewohnheitsrecht[3] gebunden ist, dann wäre er gemäß Art. 97

---

1) Vgl. AG Wiesbaden v. 13.11.1945, SJZ 1946, Sp. 36; LG Bonn v. 29.10.1947, MDR 1948, 153 ff. (155); OGH v. 20.5.1948, HESt. 1, 125 ff. (129); v. 7.12. 1948, OGHSt. 1, 217 ff. (220); v. 26.2.1949, OGHSt. 1, 343 ff. (354); v. 5.3.1949, OGHSt. 1, 321 ff. (324); v. 24.5.1949, OGHSt. 2, 69; v. 15.11.1949, OGHSt. 2, 269 ff. (271).

2) Vgl. z.B. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts; Coing, Die obersten Grundsatze des Rechts, S. 151; Buchwald, Gerechtes Recht, S. 102; Buse, Gesetzespositivismus oder lebendiges Rechtsdenken, JR 1949, 361 ff. (365).

3) Daß Gesetz i.S. § 1 GVG und damit auch von Art. 97 und Art. 20 Abs. 3 Gewohnheitsrecht umfaßt, ergibt sich schon aus Art. 2 EGBGB, § 7 EGStPO, § 12 EGZPO.

nicht an weniger gebunden.

Eine verfassungskonforme Auslegung dieser Normen würde dann eben einen Gesetzesbegriff in Art. 97 und § 1 GVG ergeben, dessen Inhalt sich nach dem Inhalt von "Gesetz und Recht" zusammen richten würde.

2. Kapitel: Die eigentliche Auslegung von "Gesetz und Recht"

§ 3. Die Fragestellung aus Art. 20 Abs. 3 GG

Wenn wir uns nun der Auslegung des von vordergründigem Ballast befreiten Begriffspaars "Gesetz und Recht" zuwenden, dann läuft dies auf die Frage hinaus, inwieweit der Gesetzesanwender nicht n u r an das Gesetz gebunden ist. Es ist die alte Frage, ob der Richter ein Gesetz anwenden muß, das zwar formell ordnungsgemäß zustande gekommen ist, das aber nach seiner Überzeugung materialen Werten, etwa dem Sittengesetz oder der Gerechtigkeit, dem Naturrecht oder sonstigem überpositivem - also nicht gesetzlich zum Ausdruck kommendem - Recht widerspricht.[1)]

1.) Damit in Zusammenhang steht die andere Frage, wer denn im Falle einer Prüfungsmöglichkeit die Zuständigkeit zur Prüfung der Gesetze am Maßstab des Rechts habe. Der Streit darüber, ob der Fallrichter oder eine andere Instanz, etwa in erweiterter Auslegung des Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht dafür zuständig ist, berührt unser Problem nur am Rande und wird deshalb ausgeklammert. Hier interessieren nur die materiellrechtlichen Folgen des Art. 20 Abs. 3, nicht die dadurch aufgeworfenen Kompetenzfragen.

---

1) Ob es sich in einem solchen Fall wirklich um ein Gesetz handelt, sei an dieser Stelle noch dahingestellt.

2.) Es ist nicht einfach, die verschiedenen Lehrmeinungen zu "Gesetz und Recht" systematisch und zweckmäßig zu gliedern. Fast möchte man unter Zuhilfenahme Jahrreiß'scher Begriffe[1] zwei Hauptmeinungen herauskristallisieren:
Das "Gesetz-vor-Recht-Denken" und das "Recht-vor-Gesetz-Denken".
Da in diesen Formeln jedoch nur die Maximen für die Grenzfälle enthalten sind, geben sie nichts für die Bedeutung von "Gesetz und Recht" im Normalzustand her. Die "Gesetz-vor-Recht-Denker" anerkennen zum Teil auch die Funktion des "Rechts" als letztem Hemmschuh vor der Ausbreitung eines totalitären Gesetzesabsolutismus[2], wie auch die "Recht-vor-Gesetz-Denker", daß primär das Gesetz Maßstab für den Richter sein soll[3].

Es bleiben nach Abzug aller allzu konstruierten Möglichkeiten drei Hauptauslegungsrichtungen übrig. Die erste verweist den Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 auf den unbedeutenden Platz des Gewohnheitsrechts oder des materiellen Gesetzes und nimmt damit Art. 20 Abs. 3 sämtliche Spannung.

Die zweite Auslegungsrichtung geht von der Vorrangstellung des Rechts gegenüber dem Gesetz aus und versteht unter "Recht" überpositives Recht, wobei für dieses die verschiedensten Begriffe verwendet werden[4].

Eine dritte Gruppe schließlich gibt dem Gesetz zwar im Normalfall den Vorrang, unterstellt es aber in äußersten Grenzfällen dem Recht als Korrektiv.

---

1) Demokratischer Rechts-Staat, S. 210.
2) Vgl. etwa Wernicke, Bonner Kommentar, Anm. II 3 e zu Art. 20.
3) Vgl. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Anm. 6 zu Art. 20.
4) wie etwa Naturrecht, Grundprinzipien des Rechts, Rechtswerte u.ä.

3.) Quer durch diese Dreiteilung verläuft eine weitere Teilung, die allerdings die Gruppe eins nicht betrifft. Diese zweite Teilung ist durch den Rechtsbegriff selbst bedingt und mündet in die Frage: Wo ist die Grenze von relevantem (von "Gesetz" unterscheidbarem) "Recht" und rechtlich bedeutungslosen Naturrechtspostulaten? Das bedeutet für die Gruppe zwei eine Einschränkung der Prävalenz des "Rechts" durch seine inhaltliche Begrenztheit und bildet in Gruppe drei Anlaß für den Streit über das Ausmaß der Korrekturmöglichkeiten des "Rechts".

§ 4. Die entspannte Auslegung von "Gesetz und Recht"

1.) "Gesetz und Recht", das bedeutet nichts anderes als materielles und formelles Gesetz oder geschriebenes und ungeschriebenes Recht. Diese Auffassung, auf die schon unter § 1 eingegangen wurde[1], vertritt vor allem Bettermann[2]. Die hochgespielte Konfliktsmöglichkeit zwischen Rechtssatz und Gerechtigkeit ist nach ihm auf die Auswüchse einer Renaissance

---

1) Dort wurde das Ergebnis aus dem Vergleich zwischen Art. 97 einerseits und Art. 20 Abs. 3 andererseits erzielt, während es hier aus Art. 20 Abs. 3 und dem GG im allgemeinen entnommen wird. Damit steht es hier am Ende inhaltlicher Überlegungen, dort aber gaben formale Gründe den Ausschlag. Wenn diese inhaltlichen Überlegungen auch zum gleichen Ergebnis führen wie die formalen, so sind sie doch schwerwiegender und müssen deshalb gesondert betrachtet werden.

2) Die Unabhängigkeit der Gerichte, S. 531.

des Naturrechts zurückzuführen. Dabei geht Bettermann von der These aus, daß die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung den nötigen Schutz darstelle; denn die verfassungsmäßige Ordnung garantiere den notwendigen Mindestgehalt der Gesetze an Gerechtigkeit durch die Grundrechte[1]. Mit seiner Ansicht, "Recht" in Art. 20 Abs. 3 habe keine besondere Bedeutung neben "Gesetz", sondern sei eben zusammen mit diesem das schlichte Gesetz aus Art. 97, übergeht Bettermann das eigentliche Auslegungsproblem des Doppelbegriffs. Er zieht aus Gründen, die sich nicht mehr allein aus Art. 20 Abs. 3 ergeben, eine bedeutungsvolle Auslegung von Art. 20 Abs. 3 aus der Diskussion. Denn die Argumentation Bettermanns stützt sich auf die Auslegung des Grundgesetzes als ganzem. Er spricht einem Recht als einem "Mehr" gegenüber dem Gesetz einfach die Funktion ab. Da das Grundgesetz durch die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung[2] und durch Aufstellung und Aktualisierung der Grundrechte den Schutz vor "rechtlosen Gesetzen" schon bewirke, brauche man das "Recht" nicht mehr als ein irgendwie geartetes Regulativ.

Ähnlich argumentiert Forsthoff[3]. Auch er meint, die rechtstechnischen Strukturen der rechtsstaatlichen Verfassung böten einen wirksameren Schutz als die Berufung auf überpositives Recht. Die Evidenz des Rechts gehe nämlich dabei verloren, und der Richter

---

1) ähnlich Jerusalem, Die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes, SJZ 1950, Sp. 6, nach dem ein unsittliches Gesetz stets verfassungswidrig ist.
2) Vgl. auch Nödelke, Die Stellung des Richters zum Gesetz, MDR 1949, 537 ff. (539).
3) Die Bindung an Gesetz und Recht, DÖV 1959, 41 ff.

könne schließlich über das Gesetz verfügen. Damit bringt er zwei Gedanken in die Auseinandersetzung, die zu den Standardgründen gegen eine weite Auslegung des Art. 20 Abs. 3 zählen:

Zum ersten beeinträchtige die Anwendung übergesetzlichen Rechts die Rechtssicherheit, und zum anderen werde dadurch das Prinzip der Gewaltenteilung verletzt. Wenn nämlich der Richter ein ordnungsgemäß zustandegekommenes Gesetz, das er mit dem "Recht" für unvereinbar hält, nicht anzuwenden brauche, ja nicht einmal anwenden dürfe, dann greife er in den Bereich der Legislative ein.

Forsthoff geht dabei speziell von der Verwaltung aus und meint, die Tendenz, den Verwaltungsbeamten auch noch an das Recht zu binden, entspringe dem heutigen Mißtrauen gegen den handelnden Beamten[1]. Der Rechtsstaat werde damit zum Rechtsschutzstaat. Im Ergebnis ist nach Forsthoff "Gesetz und Recht" nur eine Formel zu Korrektur t e c h n i s c h e r Gesetzesfehler[2].

2.) Vergleicht man den Trend zum Rechtsprechungsstaat als Ergebnis der Analyse Forsthoffs mit seiner Ansicht zu Art. 20 Abs. 3, so zeigt sich dabei ein gewisser Widerspruch. Wenn nämlich tatsächlich dieses Mißtrauen gegen die Funktionäre des Staates bestehen sollte und wenn damit eine Verlagerung der hoheitlichen Kompetenzen auf den Richter verbunden wäre, dann läge es nahe, darin gerade auch einen Grund dafür zu sehen, daß der Verfassungsgeber im

---

1) Forsthoff, Die Bindung an Gesetz und Recht, S. 43; ähnlich Werner Weber, Weimarer Verfassung und Bonner Grundgesetz, S. 25.
2) Forsthoff a.a.O., S. 44.

Zuge dieser von Forsthoff geschilderten Entwicklung die richterliche Gewalt durch den Einbau von "Recht" in Art. 20 Abs. 3 stärken wollte. Es ist jedenfalls ein zweifelhaftes Unterfangen, den Art. 20 Abs. 3 entspannt auszulegen, um einer Entwicklung nicht Vorschub zu leisten, wenn der Artikel in seiner Ausgestaltung gerade dieser Entwicklung seine Entstehung verdankt.

3.) Zwar ist es richtig, wenn die Verfechter einer entspannten Auslegung von "Gesetz und Recht" auf die Rechtssicherheit als Gesetzeszweck hinweisen. Nur ist es falsch, die Rechtssicherheit auf Kosten der Gerechtigkeit völlig in den Vordergrund zu stellen. Man kann sich darüber streiten, in welchem quantitativen Verhältnis Rechtssicherheit und Gerechtigkeit als Gesetzeszwecke zueinander stehen, eine völlige Außerachtlassung der Gerechtigkeit als vom Gesetz zu verwirklichendem Ziel ist jedoch - auch nicht im Hinblick auf den durch die Verfassung gewährten Schutz[1] - nicht möglich[2].

Eine Überprüfung des Gesetzesinhalts durch den Richter würde auch nicht dem Prinzip der Gewaltenteilung widersprechen. Diese dient nämlich hauptsächlich dazu, die Rechtmäßigkeit der Funktion der verschiedenen Staatsorgane zu garantieren. Sogar der Positivist Kelsen vertritt die Ansicht, eine Überprüfung von Gesetzen auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch die Gerichte stelle eben eine Verteilung der Gesetzgebungsbefugnis auf zwei Organe dar und bestätige damit nur

---

1) Richard Thoma, Prüfungsrecht, S. 275, glaubte schon einmal, daß die mit höchster Weihe bekleideten Verfassungssätze weder geradezu noch auf Umwegen über den Haufen geworfen werden könnten.

2) Vgl. BGH v. 23.1.1957, BGHZ 23, 176 ff. (181), wo der BGH - jedenfalls in äußersten Fällen - die Gerechtigkeit über die Rechtssicherheit stellt.

das Gewaltenteilungsprinzip[1].

Die entspannte Auslegung wird also weder von den Prinzipien der Rechtssicherheit und Gewaltenteilung gefordert, noch wird sie dem Inhalt von Art. 20 Abs. 3 gerecht. Sie löst das Problem nicht, sondern ignoriert es.

§ 5. Die überspannte Auslegung von "Gesetz und Recht"

Jahrreiß formuliert die Problematik des Art. 20 Abs. 3 zugespitzt folgendermaßen: Art. 20 Abs. 3 verlange von allen Funktionären des neuen Staates das Recht-vor-Gesetz-Denken. Andererseits fordere jeder Gesetzgeber in der Welt, da er sonst seine eigene Mission selbst sabotieren müßte, unbedingten Gehorsam für sein Gesetz und damit ein Gesetz-vor-Recht-Denken[2]. Er knüpft daran die abschließende Frage, was denn der Rechtsstaat sei, wenn sich Recht und Gesetz, beide Gehorsam verlangend, befehden.

1.) Damit ist die in Art. 20 Abs. 3 enthaltene Spannung aufgezeigt, die letztlich in dem wirklichen oder scheinbaren Kampf des Rechts gegen die Gesetze[3]

---

1) Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 54.
2) Jahrreiß, Demokratischer Rechts-Staat, S. 210.
3) Vgl. Marschall, Vom Kampfe des Rechts gegen die Gesetze.

besteht und in dem James Goldschmidt eine "Nomomachie"[1] für die Freiheit des Richters gegen den Gesetzesabsolutismus sieht.

In der dialektischen Formulierung von Jahrreiß werden aber auch schon die Ansatzpunkte für eine Kritik an diesem Recht-vor-Gesetz-Denken aufgezeigt, das allerdings das Recht nur d o g m a t i s c h so auffällig betont, da praktisch auch in dieser Gruppe das Gesetz als im Normalfall maßgeblich betrachtet wird[2].

2.) Die Argumente gegen die weiteste Auslegung von Art. 20 Abs. 3 sind zum Teil die gleichen, mit denen vergeblich versucht wird, die oben beschriebene entspannte Auslegung durchzusetzen. Die starke Betonung des im Vergleich zum Gesetzesbegriff unbestimmteren Rechtsbegriffs bietet dem Angriff etwa mit dem Argument "Gefährdung der Rechtssicherheit" eine große Blöße. Deshalb gibt es auch nur wenige Autoren, die eine solche überspannte Auslegung befürworten.

Von Mangoldt weist auf die ewige Spannung zwischen Gesetz und Recht hin und fordert lapidar das Recht-vor-Gesetz-Denken[3].

Nach Darmstädter ergibt sich aus Art. 20 Abs. 3,

---

1) Goldschmidt, Gesetzesdämmerung, JW 1924, 245 ff. (248).
2) v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Anm. 6 zu Art. 20.
3) Ders. a.a.O.

daß sich die Rechtsprechung nicht mehr mit rationaler und kognitiver Erforschung des Gesetzesinhalts begnügen dürfe, um ihrer Bindung und Unterwerfung dem Gesetz gegenüber zu genügen[1]. Vielmehr müsse der Gesetzesinhalt wertend und emotional geprüft werden, und wenn er sich dabei als Unrecht erweise, sei der Richter an das Recht gebunden. Einschränkend will Darmstädter dieses Recht allerdings nicht als Freirecht betrachtet wissen, sondern nur als komplementär zum Gesetz.

Staff[2] geht davon aus, daß das Gesetz im Gegensatz zum Recht Lücken aufweise. Empirisch könne zwar festgestellt werden, daß etwas darauf Anspruch erhebe, Recht zu sein. Hieraus allein könne die Rechtsverbindlichkeit jedoch nicht abgeleitet werden. Der Willensausdruck des Gesetzgebers erhalte verpflichtende Kraft erst dadurch, daß sie ihm von einer vom Gesetzgeber unabhängigen Norm verliehen werde; einer Norm, die losgelöst sei von Zeit, Raum und Erfahrung. Diese Normen sieht Staff in den Werten der sittlichen Ordnung, die nach und nach von den Menschen entdeckt und begriffen würden.

Maihofer[3] geht streng schrittweise in der Auslegung von Art. 20 Abs. 3 vor. Er kommt dabei zu dem Ergebnis, "Gesetz und Recht" könne nur den Unterschied zwischen gesetztem und ungesetztem Recht meinen.

---

1) Darmstädter, Der Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG, NJW 1957, 769 ff.
2) "Gesetz und Recht", S. 128 ff.
3) Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, in: Annales Universitatis Saraviensis 1960, S. 5 ff.

Wenn aber der Richter auch an das ungesetzte Recht[1] gebunden sei, dann könne er nicht an gesetzliches Unrecht ebenfalls gebunden sein. Maihofer setzt sich als einziger ausdrücklich über die Radbruchformel[2] hinweg und läßt der Idee der Gerechtigkeit gegenüber dem Prinzip der Rechtssicherheit immer den Vortritt. Ein Richter darf danach nicht einmal ein zwar generell gerechtes aber im Einzelfall ungerecht erscheinendes Gesetz anwenden[3].

3.) Die Verfechter dieses absoluten Recht-vor-Gesetz-Denkens müssen notwendig an Stelle des richtungweisenden und den Richter bindenden Gesetzes eine materiale Wertordnung[4] oder das subjektive Gewissen des Rechtsanwenders setzen.[5] Staff sieht diese Werte in der objektiven sittlichen Ordnung, während Darmstädter eine emotionale Prüfung des Gesetzes verlangt, wobei dies in diesem Zusammenhang nur bedeuten kann, daß das Gewissen des Richters Maßstab für das Gesetz sein solle.

---

1) Gemeint ist hier überpositives Recht.
2) Vorrang des Gesetzes, auch wenn es ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, die Ungerechtigkeit erreiche ein unerträgliches Maß (Rechtsphilosophie, 4. Aufl., S. 353).
3) Vgl. AG Wuppertal v. 23.9.1946, DRZ 1947, 343 zur Frage der hohen Mindeststrafe im Einzelfall.
4) Scholz, Gesetz und Gerechtigkeit, JZ 1945, 241 setzt jedem Gesetz mit der Gerechtigkeitsidee eine Schranke; vgl. auch Süsterhenn, Kommentar zur Verfassung v. Rheinl.-Pfalz, Anm. 4 zu Art. 121.
5) v. Mangoldt a.a.O. setzt an Stelle des Gesetzes in Grenzfällen einfach das allgemeine Rechtsempfinden.

Auch bezüglich der das Recht inhaltlich konstituierenden Merkmale versucht Maihofer[1], die bindenden Grundsätze sauber herauszuarbeiten. Als Richtschnur für die Frage nach der Richtigkeit des Rechts dienen danach die Natur des Menschen, die Natur der Sache und die konkrete Vernunft des Alltags. Letztere sieht er als Folge der als natürlich empfundenen Forderungen und Verpflichtungen des Alltags, die der Richter nur zu erforschen brauche, um haltbare Rechtsprinzipien zu entdecken.

4.) Vornehmlich an diesem letzten Punkt, an der Relativierung des Gesetzesbefehls durch nicht genau erfaßbare Gewissensentscheidungen des Richters oder Normen des überpositiven Rechts, muß die Kritik an dieser überspannten Auslegung ansetzen.

Die moderne Philosophie ist sich einer materialen Wertethik nicht sicher[2]. Aber selbst wenn die Philosophie der Rechtswissenschaft eine nach philosophischer Ansicht feste Grundlage anbieten würde, wäre es zweifelhaft, ob die Jurisprudenz dieses Angebot einer spekulativen Wissenschaft ohne weiteres annehmen dürfte.

Das Problem "Recht vor Gesetz?" ist nicht identisch aber läuft parallel mit dem Problem "Gerechtigkeit vor Rechtssicherheit?". Die Frage ist nun nicht, ob man die Gerechtigkeit in jedem Fall vor der Rechtssicherheit rangieren lassen kann, sondern: Darf man die Rechtssicherheit der Gerechtigkeit opfern, obwohl man im Einzelfall gar nicht weiß, wie die Gerechtigkeit aussieht?

---

1) Die Bindung des Richters, S. 23 ff.
2) Vgl. Weischedel, Recht und Ethik, S. 26 mit weiteren Verweisen; Welzel, Naturrecht, S. 178 ff.

Ein Beispiel für die Schwierigkeit, die Gerechtigkeit justitiabel herauszufinden, gibt die Anwendung des Grundsatzes "nulla poena sine lege" nach dem Kriege. Auf der einen Seite nämlich sollte dieser strafrechtliche Grundsatz naturrechtlich fundiert sein[1], andererseits verlangte das Kontrollratsgesetz Nr. 10[2] die Bestrafung bestimmter Verbrechen gegen die Menschlichkeit und legte sich dabei - da es sich gegen Verbrechen der NS-Zeit richtete - rückwirkende Kraft bei. So entschied denn auch das Landgericht Siegen[3], die Anwendung des KRG Nr. 10 sei mit dem naturrechtlichen Rückwirkungsverbot unvereinbar. Der OGH jedoch wandte das Gesetz mit der Begründung an, rückwirkende Bestrafung sei nur dann unzulässig, wenn die Tat zur Zeit ihrer Begehung weder gegen eine positive Norm noch gegen das Sittengesetz verstoßen habe[4]. Die die Rückwirkung bejahende Literatur rechnete das Rückwirkungsverbot zum Teil gar nicht zum Naturrecht[5] oder nur mit der Einschränkung, die strafende Gerechtigkeit könne ihm im konkreten Fall vorgehen.[6] Nach Max Güde konnte der Grundsatz nulla poena dann ausgeschlossen werden, wenn die Rechts-

---

1) Vgl. Eisele, Unverbindlicher Gesetzesinhalt, S. 279; Wimmer, Die Bestrafung von Humanitätsverbrechen und der Grundsatz "nullum crimen sine lege", SJZ 1947, Sp. 127 ff.
2) vom 20. Dezember 1945
3) Beschl. v. 8.5.1947, MDR 1947, 203 ff.; vgl. auch v. Hodenberg, Zur Anwendung des KRG Nr. 10 durch deutsche Gerichte, SJZ 1947, Sp. 114 ff. (120).
4) OGH v. 5.4.1948, OGHSt. 1, 4 ff.
5) Kiesselbach, Zwei Probleme aus dem Gesetz Nr. 10 des Kontrollrats, MDR 1947, 2 ff.; Richard Lange, Kontrollratsgesetz in Theorie und Praxis, DRZ 1948, 155 ff. (161).
6) Vgl. OGH u. Wimmer a.a.O.

sicherheit durch genau umrissene Beschränkung der Rückwirkung einigermaßen erhalten blieb[1]. Radbruch endlich meinte sogar, das KRG Nr. 10 sei überhaupt kein rückwirkendes Gesetz, da seine Normen - wenn auch nicht gesetzt - schon vorher gegolten hätten.[2]

5.) Zu diesen verschiedenen Meinungen soll hier keine kritische Stellungnahme abgegeben werden. Es ging nur darum aufzuzeigen, wie unsicher ein angeblicher Naturrechtssatz im konkreten Anwendungsfall werden kann. Solange die Gerechtigkeit nur so schwer und nicht mit letzter Sicherheit gefunden werden kann, sind das Prinzip der Rechtssicherheit und die anderen formalen Prinzipien der Gesetzesanwendung als Regulative gegen eine allzu subjektive Färbung des vom Richter anzuwendenden Rechts dringend nötig[3] und deshalb auch mit dem Ziel jeden Rechts, Gerechtigkeit zu verwirklichen, letzten Endes vereinbar[4]. Somit muß diese absolute Recht-vor-Gesetz-Auslegung als überspannte Auslegung aus dem Kreis der weiteren Überlegungen ausscheiden.

---

1) Güde, Die Anwendung des KRG Nr. 10 durch deutsche Gerichte, DRZ 1947, 115 ff. (117).
2) Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131 ff.
3) Vgl. Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, JZ 1961, 337 ff., wo Wieacker sich kritisch mit der Verwendung des Sittengesetzes als Maßstab für die Rechtsprechung auseinandersetzt.
4) Vgl. Figge, Verantwortlichkeit des Richters, SJZ 1947, Sp. 179 ff. (184).

§ 6. Die gemäßigte Recht-vor-Gesetz-Auslegung

1.) Die dritte Gruppe unterscheidet sich auf den ersten Blick nur quantitativ von der zweiten. Wenn sie auch die grundsätzliche Bindung des Richters an das Gesetz betont, so greift sie doch in Notfällen - meist unter den Voraussetzungen der Radbruch-Formel - auf das Recht zurück und hebt dieses damit als letzte Instanz über das Gesetz. Obwohl sie somit grundsätzlich das Gesetz vor dem "Recht" anwendet, entscheidet sie sich in Grenzfällen doch für die Vorrangstellung des "Rechts". Deshalb ist die Formel "gemäßigtes Recht-vor-Gesetz-Denken" zu ihrer Bezeichnung angebracht[1]. Der Unterschied zwischen ihr und Gruppe zwei ist jedoch nicht nur quantitativ zu verstehen: Während nämlich in Gruppe zwei das Gesetz seinen unabhängigen Bindungswert weitgehend verloren hat, vom "Recht" abhängig ist, oder wie Jahrreiß[2] es ausdrückt, Recht werden kann, behält hier das Gesetz seine Verpflichtungskraft, weil es Gesetz ist und wird nur in äußersten Fällen unbilligen Inhalts vom "Recht" in Art. 20 Abs. 3 korrigiert.

Dabei wird "Recht" nicht etwa als Naturrecht oder sonstwie geartetes überpositives Recht verstanden, sondern lediglich als die Möglichkeit, im äußersten Grenzfall einem Gesetz die Rechtswirksamkeit zu nehmen.

---

1) Vgl. Thieme, Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus, JZ 1955, 657.
2) Gesetz und Recht - Recht und Gesetz, NJW 1950, 3.

2.) Die Begründungen für das gemäßigte Recht-vor-Gesetz-Denken sind unter sich sehr verschieden.

Schon aus dem Standort des "Gesetzes" vor dem "Recht" in Art. 20 Abs. 3 schließen Klein[1] und Wernicke[2], daß sich der Richter zunächst gesetzesgetreu zu verhalten habe.

Nach Klein[3] stellt Art. 20 Abs. 3 nicht den Widerstreit zwischen positivem Recht und materieller Gerechtigkeit dar, sondern nur einen Hinweis auf die schon von v. Mangoldt erwähnte ewige Spannung zwischen Gesetz i.S. von positivem Recht und Recht i.S. von materieller Gerechtigkeit. Daraus ergäbe sich, daß "Recht" i.S. von Art. 20 Abs. 3 den Wertgehalt ohne Positivität und "Gesetz" die Positivität ohne Wertgehalt bezeichne. Gesetz i.S. von Art. 97 GG sei auf diese Weise in seine Bestandteile zerlegt, von denen keiner ohne den jeweils anderen zur Rechtfertigung eines Aktes der vollziehenden oder der rechtsprechenden Gewalt ausreiche. "Gesetz und Recht" sind nach Klein nur Relationsbegriffe. Unter "Recht" können somit keine Rechtsnormen subsumiert werden, die ja Positivität besitzen. Schon gar nicht aber können danach im "Recht" die Verwurzelung alles positiven Rechts im Naturrecht oder die Geltungsgrundlage für eine überpositive Rechtsordnung gesehen werden.

---

1) v. Mangoldt - Klein, Anm. VI 4 f zu Art. 20.
2) Bonner Kommentar, Anm. II 3 e zu Art. 20.
3) Klein a.a.O.

Der Wertmaßstab des "Rechts" besteht nach Klein lediglich in den Wertentscheidungen des GG[1], den allgemeinen Regeln des Völkerrechts i.S. von Art. 25 GG, dem Willkürverbot, soweit dieses dem allgemeinen Rechtsempfinden entspringt, und dem Naturrecht, wie es vor allem in Art. 1 Abs. 2 GG seinen Niederschlag gefunden hat. Das "Recht" habe deshalb im allgemeinen nur eine normativ-kritische Funktion.

Auch Wernicke lehnt jede metaphysische Deutung[2] von Art. 20 Abs. 3 ab und sucht die Klärung des Begriffs wie Ipsen[3] in der "irdischen Positivität des Grundgesetzes". Anders als bei Klein scheinen "Gesetz und Recht" bei Wernicke allerdings materiale, nicht nur Relationsbegriffe zu sein, jedoch mit der gleichen Reihenfolge ihrer bindenden Wirkung. Bei gelegentlichen Widersprüchen entfaltet das Recht seine Wirkung, die in der Anwendung der die Verfassung fundierenden Wertentscheidungen bestehe, allerdings nicht nur wie sie sich in den Verfassungsbestimmungen ausdrücklich vorfanden. Auch die Hippelschen hintergründigen Konstitutionsprinzipien des Verfassungssinns gehörten hierher.

Maunz[4] geht zunächst von der Konstruktion Kleins aus, wenn er behauptet, Grundlage einer Entscheidung müsse unerläßlich eine geschriebene Norm sein. Diese reiche aber zur Rechtfertigung nicht aus, da außerdem eine Übereinstimmung mit dem "Recht" vorliegen

---

1) so auch Schäfer, Löwe - Rosenberg, Anm. 3 a zu § 1 GVG.
2) Wernicke, Bonner Kommentar a.a.O.
3) Grundgesetz und [illegible] Prüfungszuständigkeit, DV 1. 1949, 490 ff.
4) Deutsches Staatsrecht, S. 60.

müsse. "Recht" sind bei Maunz in erster Linie die aus den demokratisch-rechtsstaatlichen Grundprinzipien ableitbaren Grundsätze, dann aber auch alle sonstigen von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragenen Rechtsnormen. Diesem Recht komme somit Positivität, Rechtsgeltung und Durchsetzbarkeit zu. Naturrechtliche Sätze gehörten jedoch nicht zum "Recht", da diesen Sätzen keine Positivität zukomme. Im übrigen sei mit "Gesetz und Recht" der Gegensatz gemeint, der in der Radbruch-Formel[1)] zum Ausdruck komme. Diese Formel könne Bestandteil des positiven Rechts sein, entweder als vom Verfassungsgeber vorausgesetzte Idee oder als Staatsfundamentalnorm.

Schrader[2)] meint, über den widerspruchsvollen Art. 20 Abs. 3 könne man nur hinwegkommen, indem man annehme, daß bei gesetzlichem Unrecht nach dem Grundsatz zu verfahren sei: eine Vorschrift ist unbeachtlich und unanwendbar, wenn sie Unmögliches verlangt. Offenbar denkt Schrader dabei an Art. 20 Abs. 3 selbst. Nach Schrader nämlich ist die Formulierung "Gesetz und Recht" falsch, da in jedem Fall entweder das Gesetz oder das Recht verletzt werden müsse[3)]. Nach Schrader hätte der Verfassungsgeber in Art. 20 Abs. 3 an "Gesetz o d e r Recht" binden müssen. Aber zu dieser Großzügigkeit, resigniert Schrader, habe sich der Grundgesetzgeber nicht aufgeschwungen. So bleibe nichts übrig, als

---

1) ähnlich Nipperdey, Allgemeiner Teil, § 51 II 4 b.
2) Recht und Gesetze, S. 85.
3) Schrader, Recht und Gesetzgebung, DÖD 1950, 241 ff. (243).

die Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 GG zu erweitern, damit dieses Gesetze auch am Rechtsmaßstab prüfen könne.

3.) Während die bisher erwähnten Autoren der dritten Gruppe ihr gemäßigtes Recht-vor-Gesetz-Denken aus der Formulierung des Art. 20 Abs. 3 selbst herleiten, kommen die folgenden Autoren schon auf Grund des Rechts- und Gesetzesbegriffs zum gleichen Ergebnis. Für sie hat danach Art. 20 Abs. 3 eine nur mehr oder weniger deklaratorische Bedeutung.

Das zeigt sich am deutlichsten bei Eberhard Schmidt; ihn möchte man zunächst in die erste Gruppe einordnen, da nach ihm alle Norminhalte, die überempirischer Natur sind[1], bei der Rechtsfindung ausgeschaltet bleiben und er wie Dürig "Gesetz und Recht" als einen Pleonasmus ansieht[2]. Im nächsten Augenblick jedoch überlegt man, ob Schmidt nicht eher ein Verfechter der überspannten Recht-vor-Gesetz-Auslegung ist. Nach Schmidt nämlich ist das Recht einzige Richtschnur der richterlichen Rechtspflege, und zwar das Recht i.S. des Inbegriffs der an der Idee der Gerechtigkeit orientierten Wertungen menschlichen Verhaltens im Gemeinschaftsleben: Gesetz und Recht können auseinanderfallen oder anders ausgedrückt: sämtliche Gesetze zusammenaddiert, ergeben noch nicht das Recht. Die Frage, nach welchen Gesichtspunkten die Qualifikation eines Gesetzes zu bestimmen sei, beantwortet er dahin[3]: Es muß

---

1) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 399.
2) Ders. a.a.O., Nr. 412.
3) Ders. a.a.O., Nr. 418.

verfassungsmäßig sein. Und unter Verfassungsmäßigkeit in diesem Sinn versteht er die Gerechtigkeit in ihrer für die Rechtspflege maßgebenden Bedeutung, so daß e r , der anfangs unter Hinweis auf Welzels "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit"[1] jede Hereinnahme "das Naturrecht unmittelbar ansprechender Formeln"[2] ablehnt, nunmehr zu dem Ergebnis kommt, unsittliche und damit ungerechte Gesetze seien stets verfassungswidrig.

Trotz dieser inhaltlichen Bestimmung des Rechts steht bei Eberhard Schmidt das Gesetz im Vordergrund. Es ist mindestens erste und wichtigste Rechtsquelle. Gesetz allerdings - und damit klärt sich das scheinbar Widersprüchliche in Schmidts Interpretation des Verhältnisses von Gesetz und Recht auf - ist bei ihm nicht jede mittels staatlicher Macht durchsetzbare Anordnung der Herrschenden[3], sondern nur das staatlich Befohlene, das - gemessen an der aprioriischen Rechtsidee - als Ausfluß der Gerechtigkeit gewertet werden kann. Eberhard Schmidt führt seinen inhaltlich beschränkten Gesetzesbegriff auf Montesquieu zurück[4], der despotische Befehle nicht zu den Gesetzen rechnet und für den das Recht den Gesetzen vorgegeben ist.

---

1) 3. Aufl., Göttingen 1960.
2) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 412;
3) Ders., Politische Rechtsbeugung, S. 68.
4) Ders., Lehrkommentar, Teil I, Nr. 379; ders., Montesquieu, S. 182; ders., Gesetz und Richter, Wert und Unwert des Positivismus, Karlsruhe 1952, S. 5.

So weist Eberhard Schmidt ähnlich wie Dürig zwar das Naturrecht in Schranken, beschränkt aber auch andererseits das Gesetz im herkömmlichen Sinn durch die Anforderungen, die er an dasselbe stellt, oder - wie man will - durch das Recht.

Bachof[1] argumentiert sogar ausdrücklich, Art. 20 Abs. 3 liefere nur dem Positivisten einen entscheidenden Hinweis für die richterliche Befugnis, ein Gesetz auf seinen Rechtsgehalt zu untersuchen[2]. Das entscheidende Argument für eine Prüfungsbefugnis des Richters sieht Bachof aber in der Idee der Gerechtigkeit, von der der Richter seine Autorität und Würde ableite, die er verlieren müßte, würde er seine Entscheidungen ohne Rücksicht auf diese Idee fällen[3]. Damit gibt Bachof seinem Rechtsbegriff unabhängig von Art. 20 Abs. 3 ebenfalls einen gebundenen Inhalt.

Immerhin betrachtet Bachof Art. 20 Abs. 3 als Unterstreichung der Prüfungsbefugnis am Rechtsgehalt und mißt damit der Vorschrift eine erhebliche praktische Bedeutung bei[4].

---

1) Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 51.
2) Eine ad-absurdum-Führung des Positivismus? Denn eine solche Auslegung von Art. 20 Abs. 3 würde doch dem Positivismus den Boden entziehen. Ein Positivist wird deshalb aus Art. 20 Abs. 3 einen positivistischen Rechtsbegriff - etwa im Sinne Bettermanns - herauslesen und deshalb trotz Art. 20 Abs. 3 ein richterliches Prüfungsrecht ablehnen.
3) Vgl. auch Bachof, Grundgesetz und Richtermacht, S. 24.
4) Ders., Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 51.

Dürig schließlich nimmt eine Mittlerstellung zwischen deklaratorischer und konstitutiver Auslegung von Art. 20 Abs. 3 ein. Er bezeichnet das Begriffspaar als tautologisch[1], da Gesetz und Recht nicht auseinanderklafften, solange der starke Gesetzesbefehl befolgt und der Geltungsanspruch unserer Verfassung befriedigt werde. Außerdem ist auch nach Dürig der Rechtsbegriff nicht wertunabhängig, sondern letztlich im Sein gegründet[2]. Insoweit ist auch für ihn Art. 20 Abs. 3 deklaratorischer Natur.

Für den Fall aber, daß sich die Gesetze einmal allein kraft ihrer Positivität anmaßen sollten, die Grundrechte und damit das Recht zu beugen, bedeutet "Gesetz und Recht" für Dürig einen Aufruf, sein Rechtsbewußtsein zu stärken[3].

Damit konzediert Dürig wenigstens für den verfassungsmäßigen Ausnahmezustand eine besondere Bedeutung von "Recht" gegenüber "Gesetz" und räumt so Art. 20 Abs. 3 eine gewisse Konstitutivwirkung ein.

---

1) Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.
2) Ders., Art. 2 GG und die Generalermächtigung, S. 69.
3) Ders., Kommentar a.a.O.

§ 7. Kritisches zu den Konstruktionen der gemäßigten Auslegung

Es kann hier noch nichts Abschließendes über die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 gesagt werden. Hier sollen zunächst nur die Konstruktionen der dritten Auslegungsgruppe, die - wenn auch stark eingeschränkt - "Recht" in Art. 20 Abs. 3 als letzte Instanz für den Rechtsanwender ansieht, auf ihre Richtigkeit geprüft werden.

1.) Es fällt auf, daß alle Autoren dieser Gruppe zunächst mit Emphase behaupten, Naturrecht dürfe über Art. 20 Abs. 3 nicht Maßstab sein, an dem der Richter die Qualität eines Gesetzes mißt[1]. Wenn es aber dann ernst wird, und ein Auseinanderklaffen von Gesetz und Recht jedenfalls im Ausnahmefall[2] nicht mehr wegdiskutiert werden kann, dann schleichen sich bei den meisten Autoren wieder Wertvorstellungen in den Rechtsbegriff ein. Sie werden zwar nicht Naturrecht genannt und würden wohl auch kein Naturrechtssystem im klassischen Sinn abgeben, sie bringen aber genau die irrationalen und unmeßbaren Elemente in den Rechtsbegriff, die uns das Naturrecht so suspekt machen. Klein, Ipsen, Dürig und Wernicke läßt sich diese Inkonsequenz nicht leicht nachweisen. Sie verweisen - was den Inhalt des regulativen Rechtsbegriffs angeht - auf das Grundgesetz. Ob aber das

---

1) Vgl. Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20; Klein, v. Mangoldt-Klein, Anm. VI 4 f zu Art. 20; Ipsen, Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit, S. 430; Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 60; Schäfer, Löwe - Rosenberg, Anm. 3 a zu § 1 GVG; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 393.

2) den sich in unserer optimistischen Zeit trotz bitterer Erfahrungen anscheinend außer v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Anm. 6 zu Art. 20, kaum jemand vorstellen kann.

allgemeine Rechtsempfinden und das nach Art. 1 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende Naturrecht[1], das vom GG rezipierte Naturrecht[2] und die hintergründigen Konstruktionsprinzipien des Verfassungssinns[3] etwas anderes sind als durch die Auslegung des Grundgesetzes kaschierte Wertvorstellungen irrationaler Prägung, ist sehr zweifelhaft. Wo hier Auslegung aufhört und Rechtsfindung anfängt, läßt sich schwer abgrenzen. Die Vermutung spricht jedoch umso mehr für die Rechtsfindung, je hintergründiger die Auslegung wird.

2.) Dies gilt bei näherem Zusehen auch für Dürig, bei dem "Gesetz und Recht" durch die Grundrechte realisiert werden. Ein offener Verstoß gegen die Grundrechte in ihrer jeweils anerkannten Auslegungsweite macht zwar ein Gesetz de lege lata verfassungswidrig. Was aber - wenn die Grundrechte im konkreten Fall direkt nichts hergeben und sie erst durch gewagte Auslegungen dem zu entscheidenden Tatbestand angepaßt werden müssen? Dann muß auch Dürig mit Wertungen anfangen und somit letztlich das "Recht" aus dem außerverfassungsmäßigen Bereich ergänzen.

Am deutlichsten tritt dieser Widerspruch bei Eberhard Schmidt zutage. Unter Hinweis auf Welzels fundierte Ablehnung jeden Naturrechts bemerkt er[4], daß mit Formeln nichts gewonnen sei, die das

---

1) Klein, v. Mangoldt - Klein a.a.O.
2) Ipsen, Grundgesetz und richterliche Prüfungszuständigkeit a.a.O.
3) Wernicke, Bonner Kommentar a.a.O.
4) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 412.

"natürliche Recht" oder das "natürliche Sittengesetz" ansprechen. Daran schließt er gleich die Forderung an, das Gesetz nicht positivistisch zu verstehen, und nachdem er das Recht zur Richtschnur für die richterliche Rechtsfindung erklärt hat, gibt er eine Definition dieses "Rechts", die das von ihm befehdete "natürliche Sittengesetz" ohne Bruch mit in sich aufnehmen könnte: Recht als Inbegriff der an der Idee der Gerechtigkeit orientierten Wertungen menschlichen Verhaltens im Gemeinschaftsleben[1].

Im Grunde kommen alle Autoren der Gruppe drei zum gleichen Ergebnis, ob sie es wie Klein oder wie Eberhard Schmidt begründen. Die krampfhaften Bemühungen, auf der einen Seite das Gesetz hochzuhalten, ihm aber auf der anderen Seite die absolutistische Spitze abzubrechen, zeigen zweierlei: Einmal, daß man formell an der klassischen Lehre von der Bindung an das Gesetz festhalten will, materiell sich aber doch eine Hintertüre zum inhaltlich gebundenen Recht offenhalten möchte. Zum anderen, daß man sich nicht über den Gesetzes- und Rechtsbegriff im klaren ist. Denn die Klärung der Frage, ob ein Gesetz jeden möglichen Inhalt annehmen kann oder ob es nicht nur in seinem formellen Zustandekommen, sondern auch auf bestimmte Inhalte beschränkt ist[2], muß für die endgültige Klärung von "Gesetz und Recht" beantwortet werden. Aber außer Eberhard Schmidt untersucht niemand diesen Problemkreis. Auch er deutet die inhaltliche

---

1) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 401,412, 413.
2) Ders., Montesquieu, S. 187.

Gebundenheit des Gesetzesbegriffs nur an. Außerdem begeht Eberhard Schmidt den Fehler, das überpositive Regulativ zunächst als außerrechtlich zu brandmarken und ihm damit Maßstabsqualität abzusprechen, um alsdann dieselben überpositiven Werte in den Gesetzes- und auch in den Rechtsbegriff selbst zu verbringen, wo sie fast noch stärker zur Wirkung kommen als außerhalb. Innerhalb des Gesetzes- und Rechtsbegriffs sind diese Werte nämlich Voraussetzung und nicht nur Maßstab des Gesetzes.

Im Zusammenhang mit diesem ängstlichen Lavieren zwischen Gesetzestreue und Berücksichtigung von übergesetzlichen Werten stehen dann auch die Konstruktionen, mit denen diese Kompromisse begründet werden.

3.) Die eigenartigste Konstruktion ist die von Klein[1]. Seine Formel "Gesetz = Positivität ohne Wertgehalt - Recht = Wertgehalt ohne Positivität" ist nicht nur vereinfachend[2], sie widerspricht auch den eigenen Ansichten Kleins. Wie denn kann man vom Rechtsanwender mit Klein verlangen, daß er zunächst Gesetzestreue übe, wenn dem Gesetz gar kein Wertgehalt zukommt, andererseits das Gesetz nach Klein einen bestimmten in "Recht" ausgedrückten Wert in sich aufnehmen muß, um rechtsverbindlich zu sein! Es geht auch nicht an, den Gesetzesbegriff aus Art. 97 in Positivität und Wertgehalt aufzuspalten. Positivität und Wertgehalt mögen Eigenschaften, verschiedene Seiten des Gesetzes sein, sie sind aber nicht die einzigen konstituierenden Voraussetzungen des Gesetzes-

---

1) v. Mangoldt - Klein a.a.O.
2) so Dürig, Kommentar a.a.O.

begriffs. Positivität und Wertgehalt ergeben zusammenaddiert nicht das Gesetz. Man kann den Gesetzesbegriff deshalb auch nicht in zwei derartige Bestandteile trennen.

Die Auffassung von Jahrreiß[1], das Grundgesetz verlange ein Recht-vor-Gesetz-Denken, während umgekehrt der Gesetzgeber ein Gesetz-vor-Recht-Denken verlange, zeugt davon, daß man sich nach Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht so schnell an die verfassungsmäßige Kontrolle der drei Gewalten, an die Bindung auch des Gesetzgebers an die Verfassung, eben an das Rechtsstaatsprinzip in unserer Verfassung gewöhnt hat. Denn der Gesetzgeber ist nach Art. 20 Abs. 3 doch nun einmal an die Verfassung gebunden. Wenn diese Verfassung tatsächlich auch den Richter an "Recht" - oder jedenfalls an mehr als das formell ordnungsgemäß zustandegekommene Gesetz - gebunden hat, dann bleibt dem einfachen Gesetzgeber nur übrig, dieses Gebot des Verfassungsgebers zu respektieren. Natürlich wird der Gesetzgeber im politischen Tagesleben de facto der Gesetzestreue das Wort reden. De jure, verfassungsrechtlich, kann er das aber nur, wenn er die Vereinbarkeit seiner Gesetze mit dem "Recht" aus Art. 20 Abs. 3 behauptet. Ob diese Vereinbarkeit vorliegt, darüber entscheidet nicht er, sondern der Instanzrichter, der Verwaltungsbeamte oder entsprechend Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht.

Es ist also falsch, wenn Jahrreiß angesichts der von ihm aufgezeigten Spannung resigniert[2] und darüber vergißt, die Stellung von "Recht" in Art. 20 Abs. 3 schärfer zu umreißen.

---

1) Demokratischer Rechts-Staat, S. 210.
2) Vgl. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz a.a.O.

Schrader[1] unterläuft ein ähnlicher Fehler, wenn er annimmt, das Begriffspaar in Art. 20 Abs. 3 müsse durch "oder" statt durch "und" miteinander verknüpft werden, da sonst auf jeden Fall "Gesetz" oder "Recht" verletzt würde. Art. 20 Abs. 3 ist in ausführlichem Deutsch so zu lesen: "Verwaltung und Rechtsprechung sind an das Gesetz gebunden, soweit sie nicht an das Recht gebunden sind; soweit sie an das Recht gebunden sind, sind sie nicht an das Gesetz gebunden." Sobald also die Bindung an wie immer auch ausgestaltetes Recht eintritt, ist die Bindung an das Gesetz ausgeschlossen. Und wo die Verfassung dem Gesetz die bindende Wirkung abspricht, da stellt natürlich eine Nichtanwendung des Gesetzes keine Gesetzesverletzung dar. Die Prüfung des Ergebnisses bestätigt dieses: Wendet der Richter ein Gesetz an, obwohl es durch "Recht" von Verfassungs wegen ausgeschaltet ist, dann ist seine Entscheidung je nach Rechtlosigkeit des angewandten Gesetzes mindestens anfechtbar, vielleicht sogar nichtig. Umgekehrt: Wendet der Richter ein tadelloses Gesetz an, dann verletzt er damit nicht das"Recht", da die Gesetzesanwendung der Normalfall der Rechtsanwendung ist.

Bachof[2], der ähnlich wie Eberhard Schmidt die Würde und Autorität des Richters nicht mit einer positivistischen Gesetzestreue vereinbaren kann und deshalb im Ergebnis auch zu dem eingeschränkten Recht-vor-Gesetz-Denken gelangt, nimmt leider zu Art. 20 Abs. 3 keine eindeutige Stellung. Man muß ihm aber

---

1) Recht und Gesetzgebung, S. 243.
2) Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 51.

zustimmen, wenn er der Ansicht ist, die Aufrechterhaltung der Würde des Richteramtes durch Einwirkung der Rechtsidee auf die Gesetzesanwendung sei nicht von Art. 20 Abs. 3 abhängig, sondern jeder Rechtsstaatsordnung immanent.

Dürigs Konstruktion[1] schließlich berücksichtigt zu wenig, daß der Doppelbegriff in Art. 20 Abs. 3 gerade für den Ausnahmezustand des Verfassungslebens Bedeutung haben soll. Diesen Ausnahmezustand, der einmal immerhin 12 Jahre gedauert hat, mußte der Verfassungsgeber in das Grundgesetz einplanen[2]. Und wenn"Gesetz und Recht" auch nur in extremen Fällen des Grundrechtsnotstands Appellfunktion gewinnen würde, dann wäre das Begriffspaar im strengen Sinn doch nicht tautologisch.

4.) Die Konstruktionen zur Begründung der gemäßigten Recht-vor-Gesetz-Auslegung sind vielfältig und zum größten Teil anfechtbar.

Im Ergebnis befriedigt diese Auslegung jedoch am meisten, weil nach ihr das Gesetz in einem Ausmaß Verpflichtungscharakter behält, das seiner praktischen Bedeutung unter Berücksichtigung des Prinzips der Rechtssicherheit entspricht, weil gleichwohl das Gesetz unter dem Recht bleibt und weil schließlich auf dem Umweg über "Recht" i.S. von Art. 20 Abs. 3 nicht unmeßbare und unscharfe Wertordnungen in den Rechtsbereich aufgenommen werden.

---

1) Dürig, Kommentar a.a.O.
2) Vgl. Thoma, Prüfungsrecht, S. 275.

Diejenigen Vertreter der dritten Gruppe, nach denen Art. 20 Abs. 3 nur deklaratorische Bedeutung zukommt, für die "Gesetz und Recht" ein Pleonasmus[1], "Unterstreichung"[2] einer ohnehin gegebenen Verfassungslage oder lediglich Aufruf an die Gesetzeshüter[3] ist, zeigen, daß Art. 20 Abs. 3 nicht nur aus sich selbst heraus zu verstehen ist.

Deshalb kann erst nach einer selbständigen Untersuchung des Rechts- und des Gesetzesbegriffs die endgültige Bedeutung von "Gesetz und Recht" festgestellt werden.

Die Entscheidung für die gemäßigte Recht-vor-Gesetz-Auslegung heißt an dieser Stelle eigentlich nur, daß die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 ein solches Denken zuläßt. Ob das Begriffspaar nicht doch tautologisch oder "Recht" in Art. 20 Abs. 3 unnötig ist - weil etwa das Rechtsstaatsprinzip oder die Grundrechte seine Funktion schon erfüllen - läßt sich hier noch nicht klären.

---

1) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 412; Dürig, Kommentar a.a.O.
2) Vgl. Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen a.a.O.
3) Vgl. Dürig a.a.O.

§ 8. Die Rechtsprechung zu "Gesetz und Recht"

1.) Die Rechtsprechung zu "Gesetz und Recht" erfolgt hier unter einem gesonderten Punkt, weil nur ihre Ergebnisse, nicht aber ihre Konstruktionen in die vorgenommene Dreiteilung einzugliedern sind. Das hängt damit zusammen, daß die Gerichte die Konstruktionen der Lehre nicht mitmachen, sondern einfach das Ergebnis an Stelle großer Untersuchungen setzen. Diese Ergebnisse sind in den meisten Fällen unter die dritte Gruppe zu bringen, so daß man vorweg sagen kann, die herrschende Rechtsprechung gehe von einem gemäßigten Recht-vor-Gesetz-Denken aus.

2.) Streng genommen, gibt es zur konstruktiven Problematik von "Gesetz und Recht" kaum eine Rechtsprechung. Ganz anders als das Schrifttum stockt die Rechtsprechung nicht schon beim Anblick des Wortes "Recht" in Art. 20 Abs. 3. So führt das OLG Oldenburg[1] aus, Art. 20 Abs. 3 verpflichte die Rechtsprechung, nicht nur das Gesetz zu beachten, sondern auch das Recht. Als Begründung führt es lediglich an, die Verfassung gehe davon aus, daß Gesetz und Recht zueinander in Widerspruch geraten und zu einer Störung der rechtsstaatlichen Ordnung führen könnten. Ganz ähnlich lapidar packt der BGH das Problem in einem Gutachten an[2]: Gesetz und Recht könnten nicht gleichgesetzt werden, weil die verfassungsmäßige Ordnung eines Rechtsstaats die Bindung auch des Gesetzgebers an die Gebote der Gerechtigkeit voraussetze.

---

1) U. v. 4.10.1949, NJW 1950, 38.
2) Gutachten v. 6.9.1953, BGHZ 11, Anh. 35 ff. (41).

Die Rechtsprechung kreist eigentlich weniger um die Auslegungsfrage von Art. 20 Abs. 3 - die sie als gelöst voraussetzt - sondern mehr um die Frage, wo die Bindung an das Gesetz aufhört und welche Wertmaßstäbe an das Gesetz angelegt werden dürfen. Tauchen diese Probleme bei einem Gericht auf, dann löst es sie im allgemeinen nicht unter Hinweis auf Art. 20 Abs. 3, sondern unter Zuhilfenahme des engen Gesetzesbegriffs[1], unter Hinweis auf die Unverletzlichkeit des Kernbereichs des Rechts[2] oder mit der Begründung, die Verbindlichkeit des Rechts beruhe auf seiner Übereinstimmung mit dem Sittengesetz.[3]

3.) Dieser Rückgriff der Gerichte auf Grundsätze, die vielleicht ihrerseits zur Formulierung von Art. 20 Abs. 3 beigetragen haben, ist damit zu erklären, daß die Gerichte schon vor Inkrafttreten des Grundgesetzes mit vielen Fällen befaßt waren, in denen es letzlich um die Frage der Wirksamkeit dubioser Gesetze und der Bindungskraft solcher Gesetze ging[4].

Die dabei entwickelten Grundsätze, die im allgemeinen darauf hinauslaufen, daß der Richter jedenfalls dann nicht an ein Gesetz gebunden ist, wenn dieses in sittenwidrigem Maße ungerecht ist, wurden dann auch von der nachkonstitionellen Rechtsprechung übernommen. Auf diese Weise konnten die Gerichte

---

1) Vgl. BGH v. 11.2.1953, BGHZ 9, 34 ff.; v. 28.2. 1955, NJW 1955, 905.
2) Vgl. BGH v. 29.1.1952, BGHSt. 2, 234; v. 19.2.1952, BGHSt. 3, 357.
3) Vgl. BGH, GS v. 17.2.1954, BGHSt. 6, 46 ff. (52).
4) Vgl. LG Bonn v.29.10.1947, MDR 1948, 153 ff. (155); OGH v. 26.2.1949, OGHSt. 1, 343 ff. (354); v. 5.3.1949, OGHSt. 1, 321 ff.; v. 24.5.1949, OGHSt. 2, 69.

den Sinn von "Gesetz und Recht" dahingestellt sein lassen. Die Rechtsprechung gibt damit in der Praxis denen Recht, die "Gesetz und Recht" wie Dürig für eine Tautologie oder wie Eberhard Schmidt überhaupt für überflüssig halten.

4.) Es wurde schon angedeutet, daß die Rechtsprechung nach 1945 in der Auseinandersetzung mit nationalsozialistischen Gesetzen wahrscheinlich mit den Anstoß zur Formulierung von Art. 20 Abs. 3 gegeben hat. Da eine nachprüfbare Linie zwischen den Entscheidungen und "Gesetz und Recht" jedoch nicht feststellbar ist, hat es auch keinen Sinn, diese Entscheidungen im Hinblick darauf zu untersuchen.

Die Entscheidungen gewinnen deshalb erst wieder Bedeutung im Rahmen der noch ausstehenden Untersuchungen des Rechts- und des Gesetzesbegriffs.

§ 9. Entstehungsgeschichte von Art. 20 Abs. 3 GG[1)]

1.) Im Herrenchiemseer Entwurf entsprach Art. 20 Abs. 3 GG dem dortigen Art. 29 Abs. 2:

---

1) Es mag verwundern, daß die Entstehungsgeschichte erst an dieser Stelle erscheint. Aus folgenden Gründen wird dieses Verfahren jedoch für zweckmäßig gehalten: Einmal betrachtet niemand die Entstehungsgeschichte des Art. 20 Abs. 3 für seine Auslegung als maßgeblich, so daß bei der Wiedergabe der streitigen Meinungen nicht auf die Entstehungsgeschichte aufgebaut werden mußte. Wenn dem aber so ist, spricht positiv für diese Anordnung, daß das Verständnis des Willens des Parlamentarischen Rates gefördert wird, hat man erst einmal Kenntnis von dem, was aus seinem Erzeugnis inzwischen geworden ist.

"Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Beachtung der Grundrechte, die Unabhängigkeit der Gerichte und der gerichtliche Schutz gegen Mißbrauch müssen gesichert sein."[1)]

Außerdem spielte Art. 132 des Entwurfs bei der Herausarbeitung von Art. 20 Abs. 3 eine Rolle. Art. 132 lautete:
"Die Richter sind unabhängig und nur ihrem Gewissen unterworfen".

Im wesentlichen ergab sich daraus später Art. 97 GG. Die Bindung des Richters nicht nur an das Gesetz, sondern auch an das Gewissen[2)] zeigt jedoch schon einen Anhaltspunkt für die zur Verfassungsbestimmung gewordene Bindung an Gesetz und Recht.

2.) Erst im Parlamentarischen Rat kam die endgültige Fassung des heutigen Art. 20 zustande. Der Vorsitzende des Grundsatzausschußes, v. Mangoldt, legte diesem am 14.10.1948 folgende Fassung des damaligen Art. 21 Abs. 4 des Entwurfes vor:
"Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter der Herrschaft des für alle gleichen Gesetzes."[3)]

In der gleichen Sitzung beschloß der Grundsatzausschuß folgende Fassung von Art. 21 Abs. 4:
"Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz."[4)]

---

1) Vgl.: Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-25. August 1948, München 1948.
2) Vgl. Art. 121 der Verf. für Rheinland-Pfalz v. 1950, wo der Richter ebenfalls an das Gewissen gebunden wird.
3) Vgl. Matz, Entstehungsgeschichte, S. 195.
4) Ders. a.a.O.

Der allgemeine Redaktionsausschuß war es dann, der die "Gesetz-und-Recht"-Formulierung in den Artikel brachte. Er schuf in seiner Sitzung vom 16.11. 1948 die Fassung:
"Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt sind an Gesetz und Recht gebunden."[1)]

In der darauffolgenden vierten Sitzung des Hauptausschußes vertrat Dehler die Fassung des Allgemeinen Redaktionsausschußes vor dem Hauptausschuß: "Wir haben es, um die Rechtstaatlichkeit abzugrenzen, für nötig gehalten, zu sagen, daß die Gesetzgebung an die verfassungsmäßige Ordnung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht gebunden sind. Damit ist, glauben wir, die Grundlage unseres Grundgesetzes, die Rechtstaatlichkeit, besser ausgedrückt."[2)]

V. Mangoldt befürwortete die erwähnte Fassung des Grundsatzausschußes:
Die "verfassungsmäßige Ordnung" sei absichtlich unerwähnt geblieben, weil es selbstverständlich sei, daß die Verfassung alle drei Gewalten binde. Auch der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit aller Staatsgewalt verstehe sich bei der Rechtsprechung von selbst, weil diese n u r die Aufgabe habe, die Gesetze anzuwenden und auszulegen.[3)]

---

1) Drs. 269 Anl.
2) HA.-Steno, S. 46, 47.
3) Vgl. Matz, Entstehungsgeschichte, S. 200.

Abgesehen von kleinen Änderungen sprachlicher Art ging Art. 21 Abs. 4 des Entwurfes so als Art. 20 Abs. 3 in das Grundgesetz ein, wie ihn der Allgemeine Redaktionsausschuß formuliert hatte.

3.) Daß hier der Redaktionsausschuß mehr als bloße Redaktionsarbeit geleistet hat, erkennt man bei einem Vergleich zwischen seiner und der Fassung des Grundsatzausschußes. Warum er die Formulierung "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 eingebaut hat, kann nicht völlig geklärt werden, da die Beratungen des Redaktionsausschußes nicht protokolliert worden sind[1].

Man kann nun zwar aus den Verhandlungen des Parlamentarischen Rates nicht entnehmen, was dessen Ausschüsse und Mitglieder unter "Gesetz und Recht" verstanden und verstanden wissen wollten. Ganz mit leeren Händen müssen wir trotzdem nicht vom Gang zur Geschichte des Grundgesetzes zurückkehren. Wenn Dehler vor dem Hauptausschuß erklärte, durch die Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung und an Gesetz und Recht sei die Grundlage unseres Grundgesetzes, die Rechtsstaatlichkeit, b e s s e r ausgedrückt, so gibt er damit zu erkennen, daß die Rechtsstaatlichkeit auch ohne die Formulierung von Art. 20 Abs. 3 durch den Allgemeinen Redaktionsausschuß im Grundgesetz verankert gewesen wäre. Man wollte jedoch durch die deutliche und pointierte Fassung des Art. 20 Abs. 3 dieses Rechtsstaatsprinzip besser sichtbar machen. Demnach wäre das umstrittene Begriffspaar "Gesetz und Recht" nur von

---

1) Vgl. Matz, Entstehungsgeschichte, S. 10.

deklaratorischer Bedeutung. Dies entspräche in etwa der Auffassung von Bachof und Eberhard Schmidt.

Die Auslegung der Begründung Dehlers kann uns aber nicht die Aufgabe abnehmen, zu untersuchen, wo die aktuelle Bedeutung von "Gesetz und Recht" liegt. Denn bei der Auslegung einer Norm ist von den subjektiven Vorstellungen des Gesetzgebers nur insoweit auszugehen, als sie sich im objektiven Inhalt der Norm niedergeschlagen haben[1]. Hier, wo umgekehrt der Rechtsbegriff objektiv in Art. 20 Abs. 3 als Bindungselement Aufnahme gefunden hat, können die etwas vagen Äußerungen Dehlers kein ausschlaggebendes Argument gegen eine bedeutungsvollere Auslegung von "Gesetz und Recht" abgeben.

---

1) Vgl. Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1. Halbbd., § 56 II sowie § 133 BGB.

3. Kapitel: Entwicklung des Gesetzes- und Rechtsbegriffs unabhängig von Art. 20 Abs. 3 GG

§ 10. Zweck und Bedingungen dieses Versuchs

1.) Aus dem bisherigen konnte entnommen werden, daß die Bedeutung von "Gesetz und Recht" nur aus sich selbst heraus nicht recht verständlich wird. Die Versuche, "Gesetz und Recht" weit oder eng auszulegen - mit der Begründung, es gäbe ein Naturrecht[1] oder nicht - sind im großen und ganzen fehlgeschlagen, weil sie sich darauf beschränken, Art. 20 Abs. 3 allein aus der Wechselwirkung von "Gesetz und Recht" zu begreifen. Das zeigt sich besonders deutlich bei jenen Autoren, die diesen Fehler nicht machen, die nämlich Art. 20 Abs. 3 zwar ausdrücklich erwähnen, die Vorschrift aber überhaupt nicht für ihre Argumentation benötigen[2].

Es soll im folgenden deshalb der Versuch unternommen werden, den Rechts- und den Gesetzesbegriff unabhängig von der speziellen Stellung dieser Begriffe in Art. 20 Abs. 3 zu klären. Erst nach Untersuchung des Rechts- und des Gesetzesbegriffs wird sich endgültig feststellen lassen, ob "Gesetz und Recht" in Art. 20

---

1) oder jedenfalls einen irgendwie gearteten nicht gesetzlich zum Ausdruck kommenden Wertmaßstab.
2) wie Bachof und Eb. Schmidt, die aber auch weder klare Abgrenzungen zwischen Rechts- und Gesetzesbegriff vornehmen, noch präzise Inhaltsbestimmungen der beiden Begriffe geben.

Abs. 3 tautologisch gebraucht werden. Auch die damit zusammenhängende Frage, ob "Recht" irgendwie gestaltetes überpositives Recht beinhaltet und damit gleichsam rezipiert, erfordert die Untersuchung des Rechtsbegriffs.

2.) Oben[1] wurde die Möglichkeit schon ausgeschlossen, daß "Recht" i.S. von Art. 20 Abs. 3 nur als Gesetz im materiellen Sinn oder als Gewohnheitsrecht betrachtet werden kann. Auch die Ansicht Kleins, nach der "Recht" Wertgehalt ohne Positivität bedeutet, wurde oben[2] bereits widerlegt. Letzlich wurde auch gezeigt[3], daß es sich bei "Recht" in Art. 20 Abs. 3 nicht schlechthin um Naturrecht handeln kann. Nach dem Ausscheiden der eben erwähnten Rechtsbegriffe mit besonderen Bedeutungen bleibt für Art. 20 Abs. 3 nur noch der allgemeine Rechtsbegriff als Untersuchungsmaterie übrig.

Für den Gesetzesbegriff gilt ähnliches. Weder nur formelles Gesetz noch Positivität ohne Wertgehalt sind in Art. 20 Abs. 3 mit "Gesetz" gemeint. Auch hier gilt es deshalb, den Gesetzesbegriff in seiner allgemeinen Bedeutung zu überprüfen.

3.) Zur Klärung der beiden Begriffe wird auch eine geschichtliche Schau der Entwicklung nötig sein. Der Rahmen der vorliegenden Arbeit verlangt dabei allerdings eine radikale Beschränkung. Eine Bescheidung auf die Erwähnung der hervorstechendsten Hauptmeinungen zu den Begriffen in Vergangenheit und Gegen-

---

1) §§ 2 und 4.
2) § 7.
3) Vgl. oben § 5.

wart wird genügen müssen. Im übrigen tauchen dabei zwei Schwierigkeiten auf.
Einmal nämlich ist die Grenze zwischen Recht und Gesetz oft unscharf oder fehlt - etwa bei den Positivisten ganz. Daher können Wiederholungen bei einer getrennten Darstellung beider Begriffe nicht völlig vermieden werden. Andererseits aber erfordert die Aufgabe - Herausschälung der Begriffe - eine gesonderte Betrachtung. Die zweite Schwierigkeit ist ähnlich beschaffen und liegt darin, daß es unvermeidlich sein wird, bei der geschichtlichen Entwicklung der Begriffe auf die schon angeschnittene Naturrechtsfrage einzugehen, ohne daß diese auch nur annähernd gelöst werden könnte.

§ 11. Methode und Abgrenzungen bei der Entwicklung des Rechtsbegriffs

1.) Kant sagte einmal von den Juristen, sie hätten ihren Rechtsbegriff immer noch nicht gefunden[1].
Wenn man einen Blick nur auf einige Rechtsdefinitionen wirft, fällt es nicht schwer, in den ironischen Ton Kants miteinzufallen.

So definiert etwa Hegel[2]:

---

1) zit. nach Rümelin, Definition des Rechts, S. 317.
2) Vgl. Rümelin a.a.O.

"Dies, daß ein Dasein überhaupt Dasein des freien Willens ist, ist das Recht. Es ist somit überhaupt die Freiheit als Idee."
Nach Herbart[1] ist das Recht Einstimmung mehrerer Willen, und zwar als Regel gedacht, die dem Streit vorbeuge. Schopenhauer[2] sieht im Recht nur die Negation des Unrechts, Ihering[3] definiert es als das System der durch Zwang gesicherten sozialen Zwecke und Stammler[4] als das unverletzbar selbstherrlich verbindende Wollen. Kant selbst bestimmt den Begriff folgendermaßen[5]:
"Recht ist der Inbegriff der Bedingungen, unter welchen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetz der Feiheit zusammen vereinigt werden kann."

Diese systemlos vorweg erwähnten Definitionen zeigen zunächst die Mannigfaltigkeit der Bauelemente, die zur Konstruktion des Rechtsbegriffs herangezogen werden. Sie zeigen weiter, wie einfach oder schwierig es ist, eine Definition des Rechts zu finden, je nachdem, ob man sich damit begnügt, eine formelle oder eine inhaltlich bestimmte Begriffsbestimmung zu geben. Am deutlichsten wird das bei der Definition Schopenhauers, in der über die Voraussetzungen und Bedingungen, unter denen Recht zustandekommt, und über das Wesen des Rechts nichts ausgesagt wird. Lediglich das Verhältnis des Rechts zum Unrecht

---

1) Vgl. Rümelin, Definition des Rechts, S. 329.
2) Vgl. denselben a.a.O., S. 330.
3) Der Zweck im Recht, Bd. I, S. 240.
4) Rechtsphilosophie, S. 92.
5) Vgl. Rümelin a.a.O., S. 325.

wird beschrieben. Ähnliches gilt für die Kantsche Definition. Auch sie zeigt nur die Aufgabe des Rechts, ohne auf die Frage einzugehen, wie denn die Bedingungen beschaffen sein müssen, unter welchen die Willkür des einen mit der des andern in Freiheit vereinigt werden können. Anders schon die Definition Iherings, in der immerhin das empirisch erfaßbare Zwangsmoment auftaucht, und wo deshalb inhaltlich etwas über den Rechtsbegriff ausgesagt wird.

2.) Wenn man nunmehr versuchen will, diesen empirischen Rechtsbegriff zu entwickeln, steht man vor der fast unlösbaren Aufgabe, die vielen Begriffe, die den Rechtsbegriff - oder die vielen Bedingungen, die das Recht - konstituieren könnten, in ihren in jeder Zeit andersartig gestalteten Kombinationen herauszugreifen und auf ihre Verwertbarkeit für den Rechtsbegriff zu untersuchen. Mit einer solchen Methode würde allerdings mehr Verwirrung angerichtet als Ordnung in das Problem gebracht werden. Man denke dabei nur an Begriffe wie Zwang, Anerkennung, Freiheit, Willen, Gesellschaft u.a., die in mehr oder minder großen Portionen an der Herstellung des Rechtsbegriffs beteiligt werden.

Deshalb ist es methodisch unerläßlich, einen Punkt zu finden, der die Problematik des Rechtsbegriffs am besten aufhellt und von dem aus dann auch die Entwicklung des Rechtsbegriffs am besten und übersichtlichsten beobachtet werden kann. Dieser Punkt muß an der Definition des Rechtsbegriffs ansetzen. Er muß also im engeren Problemkreis selbst liegen. Durch ihn müssen zwar die Hauptfragen angeschnitten werden, dies jedoch nicht zu speziell, damit die Übersicht nicht verloren geht.

Am geeignetsten erscheint dabei der Punkt, der die Frage nach der Geltungskraft des Rechts aufwirft und an dem diese Frage mit den weiteren Fragen beantwortet wird: Gilt das Recht, weil es gesetzt ist oder gilt das Recht, weil es richtig ist, also in Einklang steht mit göttlichen oder sonstigen übergesetzlichen Wertordnungen?

Wehrhahn[1] hat für diese Fragestellung das prägnante Begriffspaar "Geltung kraft Setzung" oder "Geltung kraft Wertteilhabe" verwendet. Durch diese Fragestellung wird die Problematik des Rechtsbegriffs am besten aufgerissen. Diese Fragestellung trägt nämlich neben der eigentlichen Geltungsfrage implicite die anderen großen Fragen um den Rechtsbegriff in sich, so etwa die Frage nach dem Zwang zur Durchsetzung des Rechts. Ob der Zwang, mit dem das Recht durchgesetzt wird, Voraussetzung für die Rechtsentstehung ist,[2] hängt weitgehend von der Entscheidung ab, welchem dieser beiden Geltungsgründe man das Recht zuordnet. Ähnlich steht es mit der Frage, ob Rechtsqualität erst durch Anerkennung[3] des Rechts durch die ihm Unterworfenen entsteht: Ein Recht nur kraft Wertteilhabe geltend bedürfte weder des Zwangs noch der Anerkennung.

Durch die Fragestellung "Geltung kraft Setzung oder kraft Wertteilhabe?" werden aber vor allem die Zweifel um den Rechtsbegriff ausgelöst, die Anlaß zu dieser Arbeit und speziell zu den Bemühungen um die

---

1) Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: Veröff VDStRL 15, S. 35 ff. (52).
2) kritisch zu Iherings Zwangsmoment im Recht: Thon, Über den Rechtsbegriff, in: Grünhuts Zeitschrift, Bd. VII, S. 231 ff.
3) Vgl. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. I, S. 66.

Herausarbeitung dieses Begriffes geben. Denn bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 3 GG geht es letzten Endes doch auch um die Frage, inwieweit der Rechts- (und auch der Gesetzes-) Begriff unabhängig vom Willen des Gesetzgebers und seiner Setzungsmacht sind, d.h. anders ausgedrückt, inwieweit das Recht kraft Wertteilhabe oder doch wenigstens kraft Überzeugung der Unterworfenen von seiner Richtigkeit[1] gilt.

Damit haben wir den Rechtsbegriff unter einem Blickwinkel im Auge, der uns gestattet, Qualitäten und Differenzierungen des Rechtsbegriffs außer acht zu lassen, deren Erörterung die Lösung unserer Aufgabe nicht vorantreiben würde. In diesem Zusammenhang wird auch verständlich, daß - wenn nicht unbedingt erforderlich - die Abgrenzungen zwischen Recht und Moral, Recht und Sitte nicht behandelt werden. Diese Abgrenzungen sind schon ausführlich und sorgfältig erfolgt[2]; sie wären außerdem nur obiter dicta auf unserem Weg zu einer Entscheidung.

Zusammengefaßt ergibt sich für den gesuchten Rechtsbegriff,

a) daß er sich nicht im Formellen erschöpfen soll;
b) daß besonders auf diejenigen seiner Elemente Rücksicht genommen werden muß, auf die es bei der Auslegung von Art. 20 Abs. 3 ankommt.

---

1) Vgl. Marschall, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, S. 43.
2) Vgl. z.B. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre, S. 18.

§ 12. Rechtsgeltung kraft Setzung oder kraft Wertteilhabe? - Eine historische Übersicht

1.) Zu Beginn der griechischen Philosophie sind Recht, Gesetz und Gerechtigkeit noch nicht voneinander geschieden. Die Menschenordnungen sind in die Seinsordnungen eingegliedert[1]. Heraklits Satz "Alle Menschen ernähren sich von dem göttlichen Einen"[2] ist so zu verstehen. Setzt man diese Feststellung mit dem antithetischen Begriffspaar "Recht kraft Setzung oder Recht kraft Wertteilhabe" in Beziehung, so ergibt sich folgendes: Auf der einen Seite ist dieser ursprüngliche Rechtsbegriff völlig wertbezogen, da er vom "göttlichen Einen" abgeleitet ist und ohne dieses den Rechtsunterworfenen unverständlich gewesen wäre. Andererseits aber gelten die menschlichen Satzungen zwar nicht w e i l , aber doch s o , wie die Menschen sie gesetzt haben. Da man sich nun aber ein Auseinanderfallen zwischen menschlicher und göttlicher Ordnung nicht vorstellen kann, gilt eben die menschliche Satzung als die göttliche. Somit leitet sich das Recht letzten Endes doch in seiner Geltung von der menschlichen Setzungsgewalt ab, da sich zwiachen den menschlichen Gesetzgeber und den göttlichen Kosmos keine kritische Instanz schiebt, die die Werke des ersteren am "göttlichen Einen" auch nur messen w o l l t e . Der Geltungsgrund Wertteilhabe wird deshalb - aus unserer Sicht betrachtet - nur fingiert.

---

1) Vgl. Welzel, Naturrecht, S. 9
2) Diels, Fragmente der Vorsokratiker, Heraklit, Fragmente 1 und 2 (zit. nach Welzel a.a.O., S. 9).

Die Sophisten setzen dieser Einheit göttlichen und menschlichen Rechts ein Ende. Sie unterscheiden zwischen Physis und Nomos. Während die Physis als die Natur des Menschen Grundlage für ein Naturrecht abgibt, dessen Hauptregel die Gleichheit der Menschen untereinander beinhaltet[1], gelten die Nomoi kraft vertraglicher Abmachung der ihnen Unterworfenen, also kraft Setzung. Ob der sophistische Rechtsbegriff kraft Setzung oder kraft Wertteilhabe gilt, läßt sich nur feststellen, wenn man weiß, was von beiden, Naturrecht oder Gesetz, den Vorrang vor dem andern hat. Wenn Platon seinen Hippias sprechen läßt: "... aber der Nomos, dieser Tyrann, erzwingt vieles gegen die Natur"[2], so zeigt das, daß die Physis doch nicht mehr als ein philosophischer Maßstab für die Qualität des gesetzten Rechts ist und selber keinen Rechtscharakter hat. Daß diese Beschränkung gut ist, erkennt man an den Auswüchsen des sophistischen Naturrechts; so, wenn etwa die Ungleichheit der Menschen aus der Ungleichheit der menschlichen Natur abgeleitet wird, und Trasymachos die Gerechtigkeit als den Nutzen des Stärkeren und den Vorteil des herrschenden Regimes bezeichnet[3].

Sokrates macht keinen Unterschied zwischen Gerechtigkeit (dikaion) und Gesetzlichkeit (nominon). Folgerichtig gehorcht er darum immer dem Gesetz[4], das für ihn immer auch Recht ist. Sein Rechtsbegriff bezieht demnach die Geltung ausschließlich aus der Setzungskraft[5].

---

1) Vgl. Platon, Protagoras 337 d.
2) Ders. a.a.O.
3) Ders., Politeia 343, 359.
4) Ders., Apologie 29.
5) Auch im praktischen Staatsleben ist die Gesetzestreue vorherrschend, da sie als Vertragstreue gewertet wird; vgl. dazu Menzel, Beiträge zur Geschichte der Staatslehre, Wien und Leipzig 1929, S. 162 ff.

Platon dagegen setzt als erster bewußt und gewollt das wertbezogene Recht über die Gesetze. Er empfiehlt sogar einen Zwang von oben zur Durchsetzung guter Ideen gegen schlechte Gesetze[1]. In seinem philosophischen System ist dies auch konsequent. Denn Platon behauptet nicht nur die Existenz einer Ideenwelt, in der auch die Idee des Rechts ihren Platz hat, sondern er zeigt auch den Weg auf, wie man diese Idee nach seiner Auffassung in den Griff bekommen kann. Die Ideenschau gewährt nämlich gewissen ausgebildeten Menschen eine sichere Erkenntnis der Urbilder[2]. So kann nach seiner Lehre das Naturrecht, also das wertbezogene Recht, zum ersten Mal in der Geschichte des Rechts wirksamen Einfluß auf die Gesetzgebung nehmen. Das Recht dient als Maßstab des Gesetzes. Letzteres ist von ihm abhängig. Platon vertritt damit ein Recht, das kraft Wertteilhabe gilt.

Aristoteles stellt Gesetz und Naturrecht einander noch eindeutiger gegenüber als Platon. Mit dem allgemeinen und ursprunghaften Naturrecht konfrontiert er das individuelle Gesetz, das im Gegensatz zu ersterem historisch bedingt und deshalb wandelbar ist[3]. Das Natürliche findet man entsprechend der aristotelischen Teleologie im besten Zustand eines Dinges. Der beste Rechtszustand ist damit nach Aristoteles der Naturrechtszustand. Daß man die Kritik an diesem Naturrecht mit der Frage nach seiner Erkenntnis eröffnen kann, soll hier nur angedeutet werden[4].

---

1) Platon, Politikos 297.
2) Ders., Politeia 475 ff.
3) Aristoteles, Nikomachische Ethik 1134 b (zit. nach Welzel a.a.O., S. 33).
4) Vgl. die Kritik Welzels, S. 33.

Während bei Platon Instrument der Erkenntnis eine Art mystische Intuition ist, verläßt sich Aristoteles auf die Evidenz der natürlichen Beschaffenheit. Auch Aristoteles arbeitet damit mit einem wertbezogenen Rechtsbegriff.

2.) Für den Ursprung der römischen Rechtsgeschichte gilt ähnliches wie für die griechische Frühgeschichte: Religion und Recht sind nicht voneinander geschieden.

Obwohl im klassischen römischen Recht Billigkeitssätze wie "honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere"[1] Prinzipien sind, die außerrechtliche Werte an das Rechtssystem heranbringen, kann man das römische Recht dieser Zeit deswegen doch nicht als kraft Wertteilhabe geltendes Recht bezeichnen. Die erwähnten Billigkeitsprinzipien sind nämlich nicht Inhalt des Rechtsbegriffes, sondern nur - wie etwa § 242 BGB - Aufforderungen an den Rechtsanwender, das Recht in einer bestimmten Weise auszulegen.

Das ius gentium, also das Peregrinenrecht, erfaßte durch die römischen Eroberungen immer größere Räume und wurde deshalb allmählich als ein Recht angesehen, daß bei allen Völkern gelte und deshalb Naturrecht sei[2]. Ernst Bloch weist zu Recht darauf hin, daß dieses ius gentium Produkt eines ökonomisch-politischen Verkehrs ist, der die Schranken des lokalen Rechts überschreitet[3]. Durch die Notwendigkeit,

---

1) I, Inst. 1, 1.
2) Vgl. Haring, Der Rechts- und Gesetzesbegriff in der katholischen Ethik und modernen Jurisprudenz, Graz 1899, S. 28 mit weiteren Verweisen.
3) Naturrecht und menschliche Würde, S. 32.

das Peregrinenrecht auf verschiedene Völker anzuwenden, mag zwar eine Verdichtung und Abstrahierung des römischen Rechts auf wenige, aus der Vernunft zu entnehmende Grundsätze nahegelegen und auch stattgefunden haben, ein wertbezogener Rechtsbegriff wird jedoch auch durch das ius gentium nicht geschaffen.

Erst die Stoa versucht, den römischen Rechtsbegriff wertabhängig zu machen. Danach ist die lex humana nur insoweit Recht, als sie mit dem Naturgesetz - dieses verstanden als die recta ratio - übereinstimmt[1]. Diese wiederum ist Ausfluß einer apersonalen göttlichen Vernunft. Cicero, Mittler zwischen Stoizismus und römischer Rechtswissenschaft, sieht die Konsequenz des Rechtsbegriffs, der ausschließlich Kraft Setzungsmacht gilt: "Wenn das Recht allein durch Beschlüsse des Volkes, Erlasse der Fürsten oder durch Urteilssprüche geschaffen würde, dann müßte es Recht sein zu rauben, die Ehe zu brechen, falsche Testamente zu unterschreiben, wenn solches durch Abstimmungen der Menge gutgeheißen würde."[2] Bei Cicero ist dieses Naturrecht jedoch nicht viel mehr als ein Postulat der Philosophie an die Legislative, ein der Vernunft entsprechendes Recht zu schaffen[3].

Erst später fließt dieses Vernunftrecht über die Responsa der Juristen in die Edikte und Konstitutionen[4]. Dieser Vorgang allein begründet allerdings

---

1) Vgl. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, S. 29; Welzel, Naturrecht, S. 40.
2) Cicero, De legibus I 16, 43.
3) Ernst Bloch a.a.O., S. 32, bezeichnet das stoische Naturrecht sogar als bloße Dekoration.
4) Rommen a.a.O., S. 32.

noch keinen Rechtsbegriff kraft Wertteilhabe, da dieses Naturrecht keine unumstößliche Schranke jedes dagegen verstoßenden Rechtssatzes darstellt, sondern nur das Material für den Inhalt der prätorianischen und kaiserlichen Gesetzgebungsakte. Wenn bei Paulus oder Marcian das ius civile im Konfliktsfall dem ius naturae zu weichen hat[1], scheint darin der Hinweis auf einen wertbezogenen Rechtsbegriff gegeben zu sein. Dem stehen aber zwei ausgesprochen positivistische Ulpianstellen entgegen: "princeps legibus solutus est"[2] und "quod principi placuit, legis habet vigorem"[3]. Diese beiden Grundsätze, an denen sich im Mittelalter immer wieder der Streit um die Lehre von der maiestas entzündete[4], entsprechen den Rechtsvorstellungen des spätrömischen absolutistischen Kaisertums mehr als ein wertbezogener Rechtsbegriff. Mindestens aber ist ein Rechtsbegriff kraft Wertteilhabe im römischen Recht nicht einwandfrei nachzuweisen.

3.) Augustin übernimmt die stoische Rechtslehre, indem er nur einem solchen weltlichen Gesetz Verpflichtungskraft und Rechtsqualität beimißt, das aus der lex aeterna abgeleitet ist[5]. Er geht sogar so weit, ein ungerechtes Gesetz überhaupt nicht als Gesetz anzuerkennen[6]. Da nach ihm die Werte positive Funktionen haben, weil nämlich alle leges temporales von

---

1) Vgl. Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts, S. 32.
2) I. 31 D 1, 3
3) I. 1 pr. D 1, 14
4) Vgl. Otto v. Gierke, Althusius, S. 266.
5) Augustin, De libero arbitrio I 6, 14.
6) Ders., Epistulae 105, 2, 7 (Anm. 5 und 6 zit. nach Welzel a.a.O., S. 54).

ihnen abgeleitet werden, führt der Naturrechtsstandpunkt Augustins zu einem kraft Wertteilhabe geltenden Recht christlicher Prägung, dessen Grundlage im W i l l e n Gottes zu suchen ist[1]. Damit beginnt sich der Streit um das Wesen Gottes - ob er essentiell Vernunft oder Willen ist - auf den Rechtsbegriff auszuwirken.

So ist in der Scholastik der Rechtsbegriff in der Hauptsache eine Funktion des Gottesbegriffs. Gegenüber Augustin wird Gott bei Thomas von Aquin durch die Vernunft gekennzeichnet, mit der er die Welt regiert. Da die lex aeterna im Einzelfall nicht in vollem Umfang erkennbar ist, dient ihrer Ergänzung die lex humana, die allerdings mittels Schlußfolgerungen aus der lex aeterna abgeleitet werden muß. Ein nicht auf diese Weise zustandegekommenes Gesetz entbehrt der ratio legis[2]. Trotz dieser Ableitung des gesetzten vom göttlichen Recht kennt Thomas nur in beschränktem Umfang einen Rechtsbegriff kraft Wertteilhabe. Die Wertabhängigkeit wird nämlich wieder zugunsten des Willens des menschlichen Gesetzgebers aufgegeben, da ein unwahres Gesetz nach Thomas zwar das G e w i s s e n der Gesetzesunterworfenen nicht verpflichtet, diese aber gleichwohl das Gesetz befolgen dürfen. Damit wird die Wirkung des thomistischen Naturrechts relativiert und dieses an sich wertgebundene göttliche Recht aus dem eigentlichen Rechtsbereich streng genommen in die vorrechtliche Sphäre verwiesen. Maßgeblich für diese starke Einschränkung der Natur-

1) Vgl. Welzel a.a.O., S. 53, 55.
2) Thomas von Aquin, Summa theologica II 1 qu. 95, 2 (zit. nach Welzel a.a.O., S. 59).

rechtswirkung dürfte die christliche Demutslehre und das Christuswort "Gebt Gott, was Gottes und dem Kaiser, was des Kaisers ist"[1] gewesen sein.

Auch Duns Scotus scheint sich von einem Recht kraft Setzungsmacht abzukehren. Bei ihm ist alles Außergöttliche nur gut, weil es Gott so will[2]. Danach gibt es nicht eine Vielfalt aus der Vernunft einsichtiger Naturrechtssätze, sondern nur einen einzigen, nämlich das Verbot des Gotteshasses[3]. Der übrige Dekalog gehört nicht zum Naturrecht im strengen Sinne. Die im Dekalog enthaltenen Verhaltensmaßregeln gehören jedoch zu einem Naturrecht zweiten Grades, das mit dem Verbot des Gotteshasses konsonant gehen muß[4]; d.h. es muß dem primären Naturrechtssatz entsprechen - oder noch vorsichtiger: es darf ihm nicht widersprechen. Da die geforderte Konsonanz nicht starr und als fixierter Relationskoeffizient zwischen Naturrecht ersten und zweiten Grades festgelegt ist, hat der menschliche Gesetzgeber eine erhebliche Variationsbreite, was den möglichen Inhalt des von ihm zu setzenden Rechts betrifft. Absolut nichtig wäre danach eigentlich nur ein Rechtssatz, der zum Gotteshaß auffordern würde. Rein logisch leitet sich auch bei Duns Scotus das Recht vom Wert der göttlichen bonitas ab, die im Haßverbot zum Ausdruck kommt. Durch die lockere Verbindung dieses Wertes mit der sekundären Gebotsreihe des Naturrechts zweiten Grades jedoch wird in Wirklichkeit der Setzungsmacht des Staates die Vorrangstellung eingeräumt, so daß Duns im Ergebnis noch mehr als Thomas eine Rechtsgeltung kraft Setzungsmacht vertritt.

---

1) Markus 12, 17
2) Duns Scotus, Opus Oxoniense (kurz: Ox.) III d. 19 qu. 1 n. 7.
3) Ox. III d. 37 qu. un. n. 6.
4) Ox. III d. 37 qu. un. n. 8 (zit. nach Welzel a.a.O., S. 74, 79).

4.) Mit Beginn der Neuzeit dringt auch in die Rechtslehre ein naturwissenschaftlich-rationaler Zug ein. Wie Galilei die Fallgesetze durch experimentelle Analysen feststellte, so versuchen nun auch die Juristen und die politisierenden Philosophen, die Rechte und Pflichten des Staates und der Bürger dadurch zu erkennen, daß sie den Staat in seine Einzelbestandteile zerlegen und dann die bestehenden Wechselwirkungen betrachten[1].

Thomas Hobbes macht damit zum ersten Mal ernst. Nach ihm soll das Recht nicht eine ideale, sondern eine reale Ordnung aufbauen[2]. Das positive Recht, das der Errichtung und Aufrechterhaltung dieser wirklichen Ordnung dient, darf deshalb nicht durch irgendeine überpositive Rechtsordnung beeinträchtigt werden. Hobbes vertritt damit uneingeschränkt den Begriff des Rechts kraft Setzungsmacht.

Während Hobbes das vom Herrscher gesetzte Recht deshalb immer als richtig ansieht, weil der einzelne durch Unterwerfungsvertrag in die Ausübung dieser Rechte durch den Staat unwiderruflich eingewilligt habe[3], betrachtet Rousseau das gesetzte Recht aus anderen Gründen als immer richtig. Nach seiner optimistischen Ansicht nämlich ergibt sich die inhaltliche Richtigkeit aus der Tatsache, daß der Gesetzesinhalt mit der volonté générale übereinstimmt. Die materiale Richtigkeit eines Gesetzes ist somit Folge eines bestimmten Gesetzgebungsvorgangs[4]. Damit betont Rousseau einerseits wie Hobbes

---

1) Vgl. Hobbes, De cive, Vorwort, in: Grundzüge der Philosophie, S. 69.
2) Ders., Leviathan, cap. 47.
3) Ders., Leviathan, cap. 14.
4) Vgl. Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, Buch II, Kap. 6.

die Richtigkeit der staatlichen Rechtsordnungen unter gewissen formalen Voraussetzungen, andererseits schiebt er zwischen die Allmacht des Staates und die Entstehung des Rechts die menschliche Vernunft, ausgedrückt durch die volonté générale. Aus seiner eigenen Sicht betrachtet, vertritt er damit einen wertbezogenen Rechtsbegriff. Als objektiver Kritiker muß man jedoch seinen Rechtsbegriff positivistischer einstufen, da sein Schluß vom allgemeinen Willen[1] über die Vernunft zur inhaltlichen Richtigkeit des Rechts logisch nicht haltbar ist. Rousseau ist also doch ein - wenn auch gemäßigter - Vertreter des positivistischen Rechtsbegriffs. Immerhin versucht er durch seine Methode der Rechtsfindung, das Recht vom Makel der Willkür zu befreien.

Grotius und Leibniz sind noch einmal zwei bedeutende Vertreter eines Werte-Rechts.

Hugo Grotius geht dabei von einer rationalen Erkenntnis der sozialen Grundwahrheiten aus. Er sucht zwar nicht das göttlich-ewige Naturrecht, die lex aeterna, aber er vermeint, die mittleren und unteren Schlüsse aus den ewigen Wahrheiten erfassen und so für die Praxis verwertbar machen zu können[2]. Gott als Wille ist für das System des Grotius nicht erheblich[3]. Da für Grotius das Naturrecht jedoch deshalb zwingend ist, weil es seine Sanktion von Gott erhält[4] - nicht etwa, weil es von ihm geschaf-

---

1) Vgl. Rousseau, Der Gesellschaftsvertrag, Buch II, Kap. 3.
2) Vgl. Welzel, Naturrecht, S. 127.
3) Grotius, De iure belli ac pacis, PROL. 11.
4) Ders., De iure belli I, cap. I 10 (Anm. 3 und 4 zit. nach Welzel a.a.O., S. 130).

fen wurde - steht das ganze Rechtssystem unter der derogierenden Wirkung dieses Rechts kraft Wertteilhabe.

Leibniz verwirft ausdrücklich und entschieden den Satz "stat pro ratione voluntas" als die Devise von Tyrannen[1]. Wenn man sich nämlich Gott als ein böses Wesen vorstelle, so könnte dieser Gott durch seine Macht das Verwerflichste zu einem Recht machen, das in krassem Widerspruch zu den Prinzipien des Naturrechts stünde. Deshalb liegt nach Leibniz der Maßstab der Gerechtigkeit und des Rechts in der Natur der Dinge und in den ewigen Wahrheiten[2]. Diese realen ewigen Wahrheiten bestehen nach Leibniz allerdings nur durch die Existenz Gottes, ohne den es weder etwas Wirkliches noch etwas Mögliches gäbe.

Leibniz vertritt damit noch einmal einen völlig wertabhängigen Rechtsbegriff.

Diese reine Idealität des Rechtsbegriffs hält Samuel Pufendorf nicht aufrecht. Stark von der aufstrebenden naturwissenschaftlichen Methode beeinflußt, bezweifelt er die rationale Idee des Menschen. Somit ist sein oberstes Naturrechtsprinzip auch kein unmittelbar rational einleuchtendes Axiom. Vielmehr muß dieses Prinzip gewissermaßen experimentell, durch Beobachtungen gefunden werden[3].

---

1) Vgl. Mollat, Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften, S. 77 ff.
2) Leibniz, Opera, ed. Dutens IV 3, S. 272.
3) Pufendorf, De iure naturae et gentium I, cap. III 6. Eris scandica, S. 324 (Anm. 1 - 3 zit. nach Welzel a.a.O., S. 130, 155).

Bei der Suche danach findet Pufendorf als materiales Prinzip und Angelpunkt seiner Naturrechtslehre die menschliche Würde[1]. Da diese Würde allen Menschen gleich zukommt, leitet Pufendorf davon die Gleichheit der Menschen im Recht ab. Wegen der zentralen Stellung des Gleichheitsgedankens in seinem Rechtssystem muß auch der Pufendorfsche Rechtsbegriff als stark wertbezogen angesehen werden.

Kant vollzieht die Trennung zwischen Recht und Moral. Für das Recht ist ihm die äußere Gesetzgebung das Bestimmende, wobei er allerdings als eigentliche Rechtspflichten nur solche Pflichten betrachtet, die sich auch aus der Ethik ergeben[2]. Im Bereich der Ethik lehnt Kant objektiv-materiale Werte ab und lehrt einen subjektiven Moralbegriff, den er auf die sittliche Autonomie der menschlichen Person zurückführt. Welzel[3] weist aber darauf hin, daß auch Kant eine objektive sittliche Wertordnung stillschweigend anerkennt, in die sich der freie Einzelwille einordnen kann. Dabei zeigt sich auch, daß der Rechtsbegriff Kants gar nicht so positivistisch ist, wie er zunächst anmutet. Dies wird deutlich, wenn Kant den Gesetzgeber auffordert, sich zu fragen, ob er ein beabsichtigtes Gesetz auch sich selbst geben könnte[4]. Dabei bleibt allerdings offen, ob nach Kant ein in Widerspruch zu diesem Grundsatz ergangenes Gesetz nur ein schlechtes oder ein unwirksames Gesetz wäre. An anderer Stelle erklärt Kant

---

1) Pufendorf, De iure naturae et gentium III, cap. II 1 (zit. nach Welzel a.a.O., S. 155).
2) Vgl. Lisser, Der Begriff des Rechts bei Kant, S.9.
3) Naturrecht, S. 167.
4) Vgl. Lisser a.a.O., S. 18.

sogar ein Gesetz für null und nichtig[1], wenn es der Rechtsidee widerspräche und zwar selbst für den Fall, daß die Rechtsunterworfenen einem solchen Gesetz zustimmten. Daraus ergibt sich, daß Kant keinen eindeutigen Rechtsbegriff kraft Setzungsmacht vertritt, wenn auch ein solcher Rechtsbegriff besser in sein Gesamtsystem passen mag.

Für Hegel ist nicht die Sittlichkeit Voraussetzung des Rechts, sondern umgekehrt das Recht Voraussetzung des freien Willens und damit identisch mit der Freiheit der Idee selbst[2]. Da Hegel nur durch den Staat die Verwirklichung der Freiheit für möglich hält und außerdem nicht zwischen idealem und positivem Recht unterscheidet, sondern nur das tatsächlich bestehende Recht als solches begreift,[3] steht sein Rechtsbegriff im Schatten seines Staatsbegriffs. Das bedeutet eine starke Betonung der Setzungskomponente im Rechtsbegriff Hegels.

5.) Mit der historischen Rechtsschule setzt eine weitere und verstärkte Überbetonung des Willensmoments im Rechtsbegriff ein.

Obwohl Savigny[4] erklärt, daß Recht nicht durch die Willkür des Gesetzgebers entstehe, schafft er einen positivistischen Rechtsbegriff. Er fingiert nämlich den Juristenstand als Exekutive des Volksgeistes. Die Juristen machen es damit dem Gesetzgeber möglich, das richtige Recht zu finden. Entsteht auf

---

1) Vgl. Lisser, Der Begriff des Rechts bei Kant, S. 19.
2) Vgl. Brodmann, Vom Wesen und Begriff des Rechts, S. 323.
3) Hegel, Philosophie des Rechts (Lasson), Leipzig 1911, Vorrede, S. 14 ff.
4) Vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, S. 12 ff.

diese Weise trotzdem einmal ungerechtes Recht, so handelt es sich um einen Konflikt zwischen Recht und Sittlichkeit, wobei das Recht solange verbindlich bleibt, bis es formell aufgehoben wird[1]. Der siegreiche Kampf gegen den Absolutismus umgab den Gesetzgeber mit einer Gloriole der Unfehlbarkeit. So erst werden die Rechtsdefinitionen aus der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts verständlich. Bergbohm[2] hält in Anlehnung an Hegel nur das für Recht, was als Recht funktioniert. Nach Georg Meyer[3] ist der Staat omnipotent und könnte deshalb selbst brutale Gewaltakte Rechtsinhalt werden lassen. Auch für Georg Jellinek[4] ist der Staat die unübersteigbare Schranke eines jeden Rechts. Diese Aussage steht in einem gewissen Widerspruch zu der nach Georg Jellinek dem Menschen vorgegebenen Fähigkeit, sich durch Anforderungen an seinen Willen verpflichtet zu halten[5]. Wenn diese Fähigkeit nicht eine bloße formale Aufnahmekategorie sein sollte, sondern auch Unterscheidungsqualität besitzt, dann liegt ein gerade von Jellinek abgelehnter Schluß nahe: Der Mensch in erster Linie - und nicht der Staat - setzt dem Recht durch sich selbst und seine oben beschriebene Fähigkeit gewisse Grenzen.

Otto v. Gierke sieht das Problem der Geltungskraft des Rechts sehr deutlich, glaubt aber, daß es sich um eine Abgrenzungsfrage zwischen Recht und Sitt-

---

1) Vgl. Otto v. Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, S. 5.
2) Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. I, S. 80.
3) Der Staat und die erworbenen Rechte, S. 14.
4) Allgemeine Staatslehre, S. 358.
5) Ders. a.a.O., S. 352.

lichkeit handelt[1]. Er lehnt alle Bemühungen des Verstandes, ein überpositives Recht zu erkennen, ab[2].

Trotz aller diesbezüglichen Angriffe gegen die um die Jahrhundertwende entstandene Freirechtsschule versucht diese, mindestens zu Anfang, nicht etwa einen "freien",uferlosen Rechtsbegriff durchzusetzen. Vielmehr ist es in der Hauptsache nur ihr Anliegen, die richterliche Rechts a n w e n d u n g zu erweitern und eine zeitgebundene Auslegung der Gesetze herbeizuführen[3].

6.) Spiegel[4] ist einer der ersten, die einen wertbezogenen Rechtsbegriff verwenden und fordern. Spiegel anerkennt nur das kraft wirklicher Überzeugung der Rechtsgenossen bestehende Recht und bezeichnet alles andere als papiernes Recht[5]. Im übrigen lehnt er die These Georg Meyers ab, ein Gesetz könne jeden beliebigen Inhalt haben[6].

Dieser werterfüllte Rechtsbegriff wird in den Jahren nach dem ersten Weltkrieg vor allem von Marschall, Julius Binder und Triepel vertreten und rechtsphilosophisch untermauert.

---

1) Naturrecht und deutsches Recht, S. 5.
2) Vgl. aber auch Otto v. Gierke, Johannes Althusius, S. 319, wo v. Gierke die Vernunft über den Willen des Gesetzgebers stellt, und Recht damit als die Gesamtüberzeugung darstellt, daß etwas i s t , nicht daß etwas sein s o l l.
3) Vgl. Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, S. 41.
4) Gesetz und Recht, S. 39.
5) Ders. a.a.O., S. 27.
6) Ders. a.a.O., S. 39: Recht ist Ordnung, nicht Anordnung.

Marschall[1] knüpft an den Gedanken Georg Jellineks von der menschlichen Rechtserkenntnisfähigkeit an, wenn er das Recht als eine subjektive, innermenschliche Erscheinung bezeichnet. Folgerichtig tritt nach Marschall das Recht als die Überzeugung auf, daß etwas richtig oder falsch sei. Über dieses Recht können die Rechtsgenossen nicht frei verfügen[2]. Marschall unterscheidet seinen Rechtsbegriff scharf vom Begriff des Naturrechts: Recht werde unmittelbar durch Überzeugung gelebt, während Naturrecht unwandelbar zu gelten glaube[3]. Auf dem Umweg über das Rechtsgefühl und die von diesem getragene Überzeugung der Rechtsgenossen kommt Marschall damit zu einem Rechtsbegriff, der seine Geltung nicht von der Setzung ableitet. Julius Binder gibt der Werterfülltheit des Rechtsbegriffs noch einen stärkeren Akzent. Nach Binder muß auch das positive Recht mit der Rechtsidee konform gehen, da sich die Rechtsgemeinschaft nur eine solche Norm gefallen lasse, die sie als vernünftig und somit der Idee des Rechts angemessen empfindet[4].

Heinrich Triepel als weiterer Verfechter dieses Rechtsbegriffs kommt ähnlich wie Eberhard Schmidt[5] später aus praktischer und historischer Schau zu seinem Ergebnis[6]: Binders Kritik setzt am Gesetz an, das an Stelle der sakrosankten Person des Souveräns getreten sei. Man vergesse dabei, hinter dem Gesetz den menschlichen Gesetzgeber zu

---

1) Der Kampf des Rechts gegen die Gesetze, S. 43.
2) Marschall a.a.O., S. 89.
3) Ders. a.a.O., S. 53.
4) Julius Binder, Philosophie des Rechts, S. 256.
5) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 401.
6) Triepel, Festschrift für Kahl, S. 93.

sehen. So betrachtet, muß bei Triepel das (heilige) Recht über dem Gesetz stehen, was gleichbedeutend ist mit der Ableitung des Rechts von Werten.

Ernst v. Hippel greift den positivistischen Rechtsbegriff mit dem Argument an, der Verpflichtungsgrund des Rechts könne unmöglich durch den naturalistischen Geltungsbegriff gefunden werden, da sonst das Recht keine Pflichten der ihm Unterworfenen auslöse, sondern lediglich durch Zwang realisierbar sei[1]. Dabei kommt v. Hippel zu der interessanten Folgerung, daß der vom Norminhalt losgelöste Rechtsbegriff als das Recht des Stärkeren zur Revolution aufmuntere. Der bürgerliche Positivismus nämlich leugne im Grunde den eigenen Staat, da dieser nur gelte, weil er mächtig und nicht weil er gerecht sei[2].

Eine gewisse Zwischenstellung nehmen Richard Thoma und v. Freytagh-Loringhoven ein.

Richard Thoma bekennt sich zunächst zu einem ausgesprochen positivistischen Rechtsbegriff[3]. So meint er, erst durch ihre Aufhebung höre eine Norm zu bestehen auf; nicht aber schon dadurch, daß sie ungerecht, unvernünftig oder unsittlich sei. Allerdings - und hier beginnt der Bruch im Rechtsbegriff Thomas - eine solche ungerechte Norm sei als formelle Norm zu bezeichnen, der die Vollrechtsnorm

---

1) E. v. Hippel, Über die Verbindlichkeit der Gesetze, S. 103.
2) Ders. a.a.O., S. 106. Auch Brodmann, Vom Wesen und Begriff des Rechts, S. 347, räumt ein, daß es trotz des Zwangscharakters des Rechts objektive Momente gäbe, die das Recht bestimmten; deshalb sei das Recht insofern nicht nur eine Frage der Macht, sondern auch der Erkenntnis.
3) R. Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, S. 139.

mit gerechtem Inhalt entgegenstehe[1]. Bei einer Rebellion des Gewissens gegen eine unsinnige Norm wird nun nach Thoma im Namen des Rechts "im einen Sinne des Wortes" das positive Recht verletzt. Da es aber nur einen einheitlichen Rechtsbegriff geben kann, zeigt Thoma durch die Einführung des zweiten Rechtsbegriffs, daß ihm die starre Begrenztheit des positiven Rechts nicht dazu ausreicht, all das damit einzufangen, was unter Recht zu verstehen ist.

V. Freytagh-Loringhoven geht den umgekehrten Weg. Sein Satz "Recht ist nur das Gesetz, das mit dem Rechtsgedanken im Einklang steht"[2] deutet auf ein kraft Wertteilhabe geltendes Recht. In Wirklichkeit aber ist der hier gebrauchte Rechtsbegriff insofern völlig irreal, als ihn v. Freytagh-Loringhoven nur als ideal f o r d e r t , ihn aber nicht etwa in Wirklichkeit als g e g e b e n ansieht. Das geht vor allem aus seiner Bemerkung hervor, der Rechtsgedanke werde schon einmal siegen[3]. Damit gibt er mittelbar zu, daß die unmittelbare Geltung des Rechtsgedankens nicht Merkmal seines Rechtsbegriffs ist.

7.) Die entgegengesetzte Richtung geht von Stammler und Radbruch aus. Für Stammler ist das richtige Recht nicht ein tatsächlich wirkendes Korrektiv des positiven und formalen Rechts, sondern ein Unterfall des positiven Rechts[4]. Damit ist der Rechtsbegriff

---

1) Thoma, Grundbegriffe und Grundsätze, S. 142.
2) V. Freytagh-Loringhoven, Die Weimarer Reichsverfassung in Lehre und Wirklichkeit, S. 14.
3) Ders. a.a.O., S. 15.
4) Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 22.

durch seine Positivität bestimmt. In seiner "Rechtsphilosophie"[1] führt Stammler dies noch deutlicher aus. Er versucht dort, die Grenze zwischen den beiden Gegensatzbegriffen "Recht" und "Willkür" aufzuzeigen und kommt dabei zu dem Ergebnis, daß Recht und Willkür sich jedenfalls nicht durch die Qualität ihres normativen Inhalts unterschieden, daß vielmehr ein willkürliches Eingreifen, von guter Absicht geleitet, im Einzelfall sogar einmal ein besseres Ergebnis herbeiführen könne als das strenge Festhalten am Gebot des Rechts. Radbruch begründet diesen positivistischen Rechtsbegriff im Jahre 1914 mit der Vorrangstellung der Rechtssicherheit vor der Gerechtigkeit[2]. Nach Radbruch gebührt dem Richter Verehrung, der wider sein Rechtsgefühl ein ungerechtes Gesetz anwendet, weil er damit immerhin noch der Rechtssicherheit dient.

Kelsen trennt scharf zwischen positiven Normen einerseits und Normen der Gerechtigkeit andererseits[3] und behauptet ebenfalls die Irrelevanz des Inhalts einer Rechtsnorm für die Frage ihrer Geltung[4]. Er geht sogar noch einen Schritt weiter und hält die Hinweise der Verfassung auf "Gerechtigkeit", "Freiheit", "Gleichheit", "Sittlichkeit" usw. nicht in dem Sinne bindend für den Gesetzgeber, daß dieser nunmehr seine Normen in Einklang mit diesen Forderungen bringen müsse[5]. Vielmehr seien Begriffe wie "Gerechtigkeit" viel zu unbestimmt, als daß sie Richtschnur für das gesetzgeberische Ermessen sein könnten.

---

1) Lehrbuch der Rechtsphilosophie, S. 90.
2) Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 1914, S. 183.
3) Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 360.
4) Ders. a.a.O., S. 224.
5) Ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 69.

Auch Carl Schmitt verneint die inhaltliche Gebundenheit des Rechts, die nur gegeben sein könne, wenn Staatsgewalt im wesentlichen Gerichtsbarkeit sei. So sei es in Rom gewesen. Spätestens seit der Renaissance sei der Staat im wesentlichen Exekutiv-Staat geworden[1].

Auf begriffstheoretische Weise versucht Somlo, einen werterfüllten Rechtsbegriff ad absurdum zu führen[2]. Die Laband-Meyersche These, daß Recht Kreatur einer bestimmt gearteten Macht sei, untermauert er mit der Behauptung, der Rechtsbegriff sei ein relatives Apriori der Rechtswissenschaft[3]. Es mag dahingestellt bleiben, ob der Rechtsbegriff tatsächlich apriorischer Ausgangspunkt der Rechtswissenschaft ist. Über seine richtige Definition ist damit noch nichts ausgesagt. Es ist aber gerade Aufgabe der Rechtswissenschaft, ihre Grundlagenbegriffe auf die inhaltliche Qualität zu untersuchen.

8.) Während sich in der Weimarer Republik - weitgehend im Zusammenhang mit der Frage, ob der Richter formgerecht erlassene Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen dürfe - der wertneutrale Rechtsbegriff durchgesetzt hatte, bewirkt die Rechtsauffassung des NS-Regimes einen Umschlag nach 1945. In der NS-Zeit nämlich wird die Geltungskraft des Rechts nicht einmal mehr durch die formellen Grenzen des Gesetzgebungsverfahrens eingeschränkt. Der "Führer" kann nicht nur "Recht" schöpfen, sondern

---

1) Carl Schmitt, Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, S. 177.
2) Somlo, Juristische Grundlehre, S. 55 ff.
3) Ders. a.a.O., S. 127.

dieses auch noch verbindlich "auslegen". Natürlich ist es völlig ausgeschlossen, ein Gesetz mit dem Hinweis auf seinen unqualifizierten Inhalt anzugreifen[1]. So sind die Bemühungen nach 1945 als Kampfansage gegen einen überspitzten Positivismus zu verstehen mit dem Ziele, dem Recht wieder einen Wertinhalt zu geben[2]. Man unterscheidet nun wieder zwischen gutem, schlechtem und Nicht-Recht[3], stellt wieder fest, daß über dem Gesetz das Recht steht und deshalb Mord auch dann als Mord bestraft werden müßte, wenn es keinen § 211 StGB gäbe[4], und betont wieder die Grenzen der gesetzgeberischen Autonomie[5]. Das Naturrecht erlebt eine neue Blüte[6].

Die Gegenreaktion auf die **Wertakzentuierung** des Rechtsbegriffs läßt nicht auf sich warten. Positivität, Rationalität und Technizität sind nach Ernst Kern[7] die einzigen Gesichtspunkte, unter denen das Recht heute noch praktikabel ist. Ruscheweyh versucht, alles nicht gesetzte Recht als irreal und transzendental aus der Wirksamkeit des Rechtslebens zu verbannen[8]. Die Frage, ob gerade der Richter das angeblich dem Recht zugrundeliegende Wertsystem erkennen könne, taucht wieder

---

1) Vgl. Ernst Rudolf Huber, Verfassungsrecht, S. 244.
2) Vgl. Schiffer, Die deutsche Justiz, S. 23 ff.; Hans J. Wolff, Rechtsgrundsätze, S. 35.
3) Grewe - Küster, Nürnberg als Rechtsfrage, Stuttgart 1947, S. 59.
4) Vgl. Buchwald, Gerechtes Recht, S. 102.
5) Vgl. Roemer, Von den Grenzen und Autonomien des Rechts, SJZ 1946, 9.
6) Vgl. für viele: Rommen, Die ewige Wiederkehr des Naturrechts; Lehmann, Die Wirkungsstärke des Naturrechts, S. 371 ff.; E. Bloch, Naturrecht und menschliche Würde; Henning, Der Maßstab des Rechts im Rechtsdenken der Gegenwart, S. 34.
7) Die Grenzen der naturrechtlichen Rechtserneuerung in Justiz und Verwaltung, MDR 1949, 137 ff. (139).
8) Ruscheweyh, Zeitbedingte Probleme, S. 36.

auf[1]. Der Streit um die Frage nach dem Geltungsgrund des Rechts kommt wieder in vollen Gang.

§ 13. Der heutige Rechtsbegriff unter der Geltungsfrage

1.) Einen gewissen Abschluß findet diese Auseinandersetzung durch das Umschwenken Radbruchs von seiner positivistischen Haltung der Weimarer Zeit zu der in der neuesten Auflage seiner Rechtsphilosophie geäußerten Ansicht. Er tritt dort[2] immer noch für die Vorrangstellung der Rechtssicherheit vor der Gerechtigkeit ein. Unter dem Eindruck des nationalsozialistischen Unrechts[3] kommt er aber zu folgender Einschränkung dieses Grundsatzes: Wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreiche, müsse das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit weichen[4].

Diese Radbruchformel drückt auch heute noch in etwa die herrschende Meinung über die Qualität des Rechtsbegriffs bezüglich seiner Geltungskraft aus Wertteilhabe oder Setzungsmacht aus[5].

---

1) Vgl. Apelt, Zum Kampf gegen den Rechtspositivismus, DRZ 1946, 174.
2) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 353.
3) Ders., Gesetzliches Unrecht und überpositives Recht, SJZ 1946, Sp. 105 ff. (107).
4) Ders., Rechtsphilosophie, S. 353.
5) Vgl. z.B. Maunz, Deutsches Staatsrecht; kritisch zur Radbruchformel: Mannzen, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, SJZ 1948, Sp. 646 ff. (648).

2.) Damit ist der Rechtsbegriff weder dem Naturrechtsbegriff gleichzusetzen, noch ist eine Naturrechtsordnung als Ganzes korrigierende Bedingung des Rechts.

a) Die Höherbewertung der Gerechtigkeit gegenüber der Rechtssicherheit wird vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich unter Hinweis auf die Radbruchformel gefordert[1]. Nur in diesen Grenzen ist die Anerkennung überpositiven Rechts durch das Bundesverfassungsgericht zu verstehen[2].

Wenn der Bundesgerichtshof in seinem bekannten Beschluß vom 17.2.1954[3] ausführt, die innere Verbindlichkeit des Rechts beruhe gerade auf seiner Übereinstimmung mit dem Sittengebot, dann mag das gegenüber den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts als ein Rückschlag erscheinen. Eine Ableitung des Rechts vom Sittengebot geht nämlich weit über das Maß der Wertgebundenheit des Rechts hinaus[4], das Radbruch als mit der Rechtssicherheit vereinbar konzidiert.

b) Der Unterschied zwischen einer Bindung an Naturrecht, Sittenordnung o.ä. schlechthin und der Radbruchformel liegt in der verschiedenen Wirkungsweise der Bindungswerte begründet. Während die Bindung an eine feste Wertordnung - etwa an das Sittengesetz - die Behauptung einschließt, hinter jeder gültigen, nicht nur der Aufrechterhaltung einer formalen Ordnung dienenden Norm müsse notwendig der dazu gehörende Wert stehen, gibt die Radbruchformel nur eine

---

1) Vgl. BVerfG v. 18.12.1953, BVerfGE 3, 225 ff.
2) Vgl. U. v. 23.10.1951, BVerfGE 1, 14 ff., Leitsatz 27.
3) BGHSt. 6, 46 ff. (52).
4) Vgl. die Kritik an BGHSt. 6, 46 ff. von Weinschedel, Recht und Ethik, S. 3 ff.

negative Aussage: ein "Gesetz" kann so offensichtlich gegen hier und jetzt allgemeingültige Vorstellungen von der Gerechtigkeit verstoßen, daß es nicht Recht sein kann. Durch die Radbruchformel wird nicht das Problem aufgeworfen, wo denn die Grenzen der Wertordnung, des Sittengesetzes lägen, mit denen das Recht konform gehen soll; erst der eindeutige Umschlag von erträglicher zu unerträglicher Ungerechtigkeit löst auch den Umschlag von Recht in Unrecht aus. Wehrhahn drückt die Unmöglichkeit eines geschlossenen Wertsystems hinter den Normen gut aus, wenn er sagt, eine abstrakte Norm könne die Gerechtigkeit nie verwirklichen[1]. Und er gibt gleichzeitig Radbruch und den Gerichten recht, wenn er fortfährt, eine Norm könne aber die Gerechtigkeit vereiteln. Während es unmöglich ist, mit Sicherheit zu sagen, welche von zwei oder mehreren gesetzgeberischen Möglichkeiten geeigneter ist, einen sozialen Tatbestand gerechtigkeitsnäher unter eine Norm zu bringen, ist die Feststellung wohl möglich, daß ein staatlicher Gesetzgebungsakt eklatant der Gerechtigkeit widerspricht.

Trotz BGHSt. 6, 46 ff. ist auch der Rechtsbegriff des Bundesgerichtshofs nicht von der Ethik abhängig. In dem umstrittenen Beschluß wird nämlich nur die i n n e r e Verbindlichkeit des Rechts vom Sittengesetz abgeleitet. Das bedeutet die Abhängigkeit der i n n e r e n Verpflichtungskraft des Gesetzes vom Sittengebot, nicht aber die Abhängigkeit der äußeren Wirksamkeit einer Norm[2]. Auch der

---

1) Wehrhahn, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, S. 41.
2) Vgl. im übrigen BGHSt. 23, 181, wo die sittlichen Anschauungen als Prüfungsmaßstab grundsätzlich verworfen werden.

Bundesgerichtshof bekennt sich zur Radbruchformel[1]. Das Gericht sieht dabei einen "Kernbereich des Rechts" als gegeben an, der im Bewußtsein aller zivilisierten Völker bestehe und der trotz aller Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen nach allgemeiner Überzeugung von keinem Gesetz und keiner anderen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden dürfe[2]. Damit ist auch nichts anderes als mit der Radbruchformel ausgesagt. Wenn ein staatlicher Rechtssetzungsakt zu diesem Kernbereich in Widerspruch steht, dann erreicht er eben auch ein unerträgliches Maß an Ungerechtigkeit.

c) Es widerspräche dem Sinn der Radbruchformel, wollte man ein System der Unwerte aufbauen, die als Inhalt einer Norm diese unerträglich ungerecht und damit zum Nicht-Recht machen würden.

Soviel aber kann gesagt werden, der Schutz der Würde der Person[3] und das Prinzip der "Natur der Sache"[4] gehören als umfassendste Grundsätze in den Kernbereich des Rechts[5].

---

1) Vgl. BGHSt. 3, 107; 23, 181.
2) Vgl. BGHSt. 2, 237; 2, 177; BGHZ 9, 542 ff.
3) Vgl. Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, 337 ff.; Welzel, Vom irrenden Gewissen, S. 27.
4) Vgl. Welzel, Naturrecht, S. 197; Scheuner, Grundfragen, S. 155; Heinrich Lehmann, Die Wirkungsstärke des Naturrechts, S. 376, sieht den obersten Grundsatz des Rechts im "suum cuique tribuere", worin eine gewisse Zusammenfassung der personal- und sachbezogenen Rechtswerte liegt.
5) Die Zwecktheorie Eb. Schmidts (Gesetz und Richter, S. 18), wonach eine Handlung des Gesetzgebers nur rechtmäßig ist, wenn sie das angemessene und einwandfreie Mittel zur Erreichung eines richtigen Zwecks ist, geht zu weit. Ebenfalls zu weitgehend: Fritz Bauer, Vom Recht auf Widerstand, Stuttgarter Zeitung v. 20.7.1962, der den Kernbereich des Rechts im wesentlichen Inhalt des Dekalogs sieht.

Wo allerdings die Würde der Person beginnt, rechtlich relevant zu werden, d.h. nicht mehr zugunsten anderer Schutzgüter beeinträchtigt werden darf; kurz: wo sie die unüberschreitbare Grenze für den Gesetzgeber darstellt, das kann wiederum nur in jedem konkreten Einzelfall an Hand der Radbruchformel festgestellt werden.

Grundsätzlich gilt demnach unser Recht, weil es gesetzt ist. Die Wertkomponente ist jedoch nicht völlig aus dem Rechtsbegriff ausgeschlossen. Der heutige Rechtsbegriff steht zwischen einem Begriff, der das überpositive Recht umfaßt und jenem Begriff, nach dem Recht die Summe der Gesetze und des Gewohnheitsrechts ist. Sein Standpunkt ist dabei dem letzteren, dem positivistischen Rechtsbegriff näher als dem Naturrechtsbegriff.

§ 14. Die Besonderheiten des Gesetzesbegriffs

1.) Wenn es sich hier nicht gerade um die Klärung des in Art. 20 Abs. 3 GG erwähnten Doppelbegriffs "Gesetz und Recht" handeln würde, könnte man sich eine gesonderte Erörterung des Gesetzesbegriffs sparen. Dann wäre über das Verhältnis Wert zu Gesetz schon durch die Entwicklung des Rechtsbegriffs genug ausgesagt. Hier geht es jedoch gerade um das Problem, ob "Gesetz und Recht" in sich tautologisch ist, weil der heutige Gesetzesbegriff etwa den Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 überflüssig macht.

2.) Die Beleuchtung des Gesetzesbegriffs soll hier auch nur von einem bestimmten Blickpunkt aus geschehen[1]. Beim Rechtsbegriff wurde die Frage untersucht, ob das Recht seine Geltungskraft von der Setzungsgewalt oder aus seiner Wertteilhabe ableite, da der Rechtsbegriff nur von dieser Seite gesehen für die Bedeutung von "Gesetz und Recht" interessant ist.

Beim Gesetzesbegriff ist es ähnlich. Auch er kann und muß hier nicht in allen seinen ihn bestimmenden Elementen untersucht werden. Die mögliche Polarität des Gesetzesbegriffs kann aber hier nicht in der Geltung des Gesetzes kraft Setzungsgewalt als einem und der Geltung kraft Wertteilhabe als dem anderen Pol gesehen werden. Das Gesetz im Gegensatz zum Recht gilt nämlich auf jeden Fall immer, weil es gesetzt ist. Es kann deshalb hier nur gefragt werden, ob neben diesem notwendigen Geltungsgrund auch noch zusätzlich inhaltliche Wertelemente vom Gesetzesbegriff vorausgesetzt werden.

Da der hier zu erörternde Gesetzesbegriff jedoch nur insoweit zur Diskussion steht, als die Frage nach seinem Wertgehalt auftaucht, soll der Gesetzesbegriff daraufhin untersucht werden, ob in ihm der gesetzgeberische Wille oder die materielle Richtigkeit der Entscheidung des Gesetzgebers die maßgebende Rolle spielt. Damit ist das entscheidende Kriterium gefunden und gleichzeitig dem Apriori der Geltungskraft des Gesetzes durch Setzung Rechnung getragen.

---

1) Vgl. zu den verschiedenen Aspekten des Gesetzesbegriffs: Jesch, Gesetz und Verwaltung, S. 9 ff.; Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, S. 8 ff.

Die Kriterien, die an den Gesetzesbegriff angelegt werden, sind somit praktisch denen gleich, die an den Rechtsbegriff angelegt wurden. Da aber nicht auf die getrennte Betrachtung dieser beiden Begriffe verzichtet werden kann, lassen sich - wie schon erwähnt - gewisse Überschneidungen und Wiederholungen nicht vermeiden.

3.) Stellt man eine gewisse inhaltliche Wertgebundenheit des Rechts fest, dann ist das Ergebnis einer Prüfung zweifelhaften "Rechts" auf seine inhaltliche Richtigkeit entweder gültiges Recht oder Nicht-Recht. Ein unwirksames, nichtiges oder verfassungswidriges Recht gibt es begrifflich nicht: ein nichtiges Gesetz ist etwa nicht gleichzeitig nichtiges Recht, sondern eben Nicht-Recht.

a) Beim Gesetzesbegriff liegen die Dinge etwas anders. Hier muß unterschieden werden zwischen unwirksamem, nichtigem, verfassungswidrigem Gesetz auf der einen Seite und zwischen Nicht-Gesetz auf der anderen Seite. Kommt man nämlich zu dem Ergebnis, der Gesetzgeber könne seinen normativen Beschlüssen nicht jedweden Inhalt geben, so taucht die Frage auf, ob bei einem Verstoß gegen diese inhaltlichen Beschränkungen ein unwirksames Gesetz zustandekommt, oder ob es sich bei diesem Produkt überhaupt nicht um ein Gesetz handelt. Es ist die Frage, ob die Beachtung der - hier einmal unterstellten - Inhaltsbeschränkung per definitionem zum Gesetzesbegriff gehört. Obwohl im Ergebnis ein "nur" unwirksames Gesetz die gleichen Folgen zeitigt wie ein Nicht-Gesetz, ist der Unterschied im Hinblick auf die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 GG erheblich.

Nach der Klärung des Rechtsbegriffs wissen wir, daß nicht jeder gesetzgeberische Beschluß Recht sein muß, daß der Rechtsbegriff vielmehr - wenn auch nur wenig - mehr umfaßt als Gesetz plus Gewohnheitsrecht. Wäre nun aber ein widersinnig ungerechtes "Gesetz" lediglich unwirksam, aber doch eben ein Gesetz, dann wäre seine Unwirksamkeit entweder durch den Verstoß gegen die Verfassung oder gegen "Recht" in Art. 20 Abs. 3 bewirkt worden. Wenn man einmal von der Verfassung absieht, schaltet "Recht" dann die Wirksamkeit dieses Gesetzes aus. "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 sind dann nicht tautologisch. Tautologisch wären sie nur, wenn ein solches "Gesetz" genausowenig Gesetz wäre, wie es Recht ist.

b) Man kann unter Vorwegnahme einer dahingehenden Untersuchung des Gesetzesbegriffs[1] hier schon feststellen, daß der Gesetzesbegriff mindestens im gleichen Maße voluntaristisch ist, in dem der Rechtsbegriff seine Geltung aus der Setzungsmacht herleitet. Wo also ein "Gesetz" wegen seines Inhalts unwirksam oder ein Nicht-Gesetz sein soll, da müßte dieser Inhalt mindestens im Sinne der Radbruchformel der Gerechtigkeit widersprechen.

Einem solchen "Gesetz" müßte aber auch die Gesetzesqualität abgesprochen werden[2]. Wenn man die Extremfälle vor Augen hat, wird die Rechtssicherheit durch die Entscheidung für das Nicht-Gesetz nicht beeinträchtigt; zumal es offen bleiben kann, ob die

---

1) Vgl. unten, § 15.
2) So ausdrücklich Wieacker, Rechtsprechung und Sittengesetz, S. 337; vgl. auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 412.

Feststellung des Nicht-Gesetzes nicht auch durch das Bundesverfassungsgericht getroffen werden müßte.

Einem äußerst ungerechten und unsittlichen Gesetz fehlte es an der Verpflichtungskraft, die auf jeden Fall zu den Definitionselementen des Gesetzesbegriffs gehört[1]. Das zeigt sich bei jenen nationalsozialistischen "Strafgesetzen", bei deren Anwendung der Richter sich selbst strafbar machte, mindestens aber rechtswidrig handelte[2].

Die Gerichte gehen zwar "nur" von der Unwirksamkeit solcher Gesetze aus, wenn sie feststellen, daß das Gesetz als unrichtiges Recht der Gerechtigkeit zu weichen habe[3], oder daß gewisse NS-Anordnungen kein Recht schaffen konnten[4].

Daraus läßt sich jedoch kein entscheidendes Argument für die Gesetzesqualität solcher Anordnungen herleiten. Die Gerichte nämlich waren nicht vor die Notwendigkeit gestellt, den Gesetzesbegriff näher zu untersuchen. Ausgangspunkt ihrer Erörterungen war der Rechtsbegriff. So enthob sie die Prüfung der Rechtmäßigkeit eines "Gesetzes" der weiteren Prüfung seiner Gesetzesqualifikation.

---

1) Vgl. Hold v. Ferneck, Die Rechtswidrigkeit, Bd. I, S. 94.
2) Vgl. BGH v. 12.2.1952, BGHSt. 2, 173 ff. (177); OLG Bamberg v. 27.7.1949, DRZ 1950, 302 mit Anmerkung von Welzel.
3) Vgl. BGHZ 3, 94 ff. (107).
4) BGHSt. 2, 177.

§ 15. Voluntaristischer oder werterfüllter Gesetzesbegriff?

1.) Während im Altertum einheitliches Denken eine Trennung zwischen Gesetz und Recht verbietet, wird im Mittelalter zwischen positivem Recht (ius civile) und Naturrecht unterschieden. Durch diese Trennung soll die Macht des Souveräns gestärkt werden, der nur dem Naturrecht unterworfen ist[1], im übrigen aber gemäß den umstrittenen[2] spätrömischen Rechtsgrundsätzen "quod principi placuit, legis habet vigorem"[3] und "princeps legibus solutus est"[4] weder an die Gesetze gebunden, noch in der Setzung neuer Gesetze beschränkt ist. Darüber, ob der Souverän tatsächlich "legibus solutus" ist, oder ob nicht der Wille, sondern die vernünftige Einsicht des Gesetzgebers die eigentlich rechtsschöpfende Kraft sei, herrscht im Mittelalter großer Streit[5].

2.) Einen klaren Gesetzesbegriff finden wir aber erst in der Neuzeit und zwar nach Heller[6] erst im gewaltenteilenden konstitutionellen Rechtsstaat.

Montesquieu rückt als erster eindeutig von dem positivistischen Gesetzesbegriff des Mittelalters ab. Für ihn ist Gesetz nur, was jeder vernünftige Mensch

---

1) Vgl. O. v. Gierke, Johannes Althusius, S. 266.
2) Vgl. Marschall, Vom Kampf des Rechts gegen die Gesetze, S. 40, FN. 132.
3) I. 1 pr. D 1, 14.
4) I. 31 D 1, 3.
5) Vgl. O. v. Gierke a.a.O., S. 280, 283 ff.
6) Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, S. 101.

als Gesetz bejahen kann.[1] Dies hat dann allerdings zur Folge, daß der Richter nach Montesquieu starr an das Gesetz gebunden ist - la bouche qui prononce les paroles de la loi[2]. Diese aus seiner Vernünftigkeit und materialen Richtigkeit abgeleitete Heiligkeit des Montesquieu'schen Gesetzes führt schließlich sogar zu Kommentierverboten[3]. So ist der Positivismus des 19. Jahrhunderts nicht als eine Unterordnung des Richters unter die M a c h t des Gesetzgebers, sondern unter seine W e i s h e i t zu verstehen[4]. Die Fülle der durch die politische und soziale Not im 20. Jahrhundert - besonders nach 1918 - erforderlichen Gesetze bringt es mit sich, daß diesen Gesetzen nicht mehr die gründliche wissenschaftliche Vorarbeit gewidmet werden kann, die neben rein dogmatischen Erwägungen die These von der Unantastbarkeit des Gesetzes hatte entstehen lassen[5]. So kommt es, daß die Folgen des Positivismus, eben die Unantastbarkeit des Gesetzes, weiterhin als richtig angesehen werden, obwohl die Voraussetzungen für die unumschränkte Geltung des Gesetzes entfallen sind. In diesem Licht müssen die extremen Formulierungen Labands[6] und Georg Meyers[7] gesehen werden, wonach jeder Gedanke - selbst brutale Gewaltakte - in Gesetzesform gekleidet werden könnten.[8]

---

1) Vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Nr. 379; ders., Montesquieu, S. 182, 187; ders., Gesetz und Richter, S. 5.
2) Vgl. Bockelmann, Richter und Gesetz, S. 26.
3) So z.B. im Bayerischen StGB v. 1813.
4) Vgl. Eb. Schmidt, Unabhängigkeit der Rechtspflege, S. 225.
5) Vgl. dens. a.a.O., S. 230.
6) Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. II, S.63.
7) Der Staat und die erworbenen Rechte, S. 14.
8) Vgl. auch Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 107 f., der die Kodifizierung der Menschenrechte als Versuch wertet, der Entleerung des Gesetzesbegriffs entgegenzuwirken.

3.) Die maßgebenden Rechtslehrer der Weimarer Republik treten dann auch für einen vom Norminhalt unabhängigen Gesetzesbegriff ein[1]. Carl Schmitt[2] verlangt wenigstens die Allgemeinheit und Gleichheit eines Norminhalts als Voraussetzung für den einer Norm zukommenden Gesetzesrang. Da in der Weimarer Zeit die Frage nach den inhaltlichen Grenzen des Gesetzesbegriffs weitgehend zusammen mit der - streng genommen - davon unabhängigen Frage des richterlichen Prüfungsrechts gesehen wird, bringt vor allem die berühmte Erklärung des Vorstands des Richtervereins beim Reichsgericht vom 8.1.1924[3] neues Material in die Debatte über den Gesetzesbegriff. In dieser Erklärung drohen die Richter dem Gesetzgeber an, das Reichsgericht werde eventuell dem Aufwertungsgesetz unter Berufung auf Treu und Glauben die Gefolgschaft verweigern. Die Erklärung des Richtervereins findet keinen großen Beifall[4]. Während der 5. Zivilsenat am 28.11.1923[5] noch die "Mark-nicht-gleich-Mark-Entscheidung" gefällt hatte, huldigt das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 4.11.1927[6] eindeutig dem Gesetzgeber und seinem Gesetz; es führt aus: Der Gesetzgeber sei selbstherrlich und an keine anderen Schranken gebunden als an diejenigen, die er sich selbst in der Verfassung oder in anderen Gesetzen gezogen habe[7].

---

1) Vgl. Anschütz, Kommentar zur Weimarer Reichsverfassung, Anm. 2 zu Art. 109; Radbruch, Grundzüge der Rechtsphilosophie, S. 183.
2) Verfassungslehre, S. 142.
3) abgedruckt in DRiZ 1924, 7.
4) Vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches, Anm. 4 zu Art. 102 mit weiteren Angaben.
5) RGZ 107, 78 ff. (88).
6) RGZ 118, 325 ff. (327).
7) Vgl. auch RGZ 125, 273 ff. (279).

Nur James Goldschmidt[1] sieht in den Bemühungen des Richtervereins einen berechtigten Versuch, das Recht in der Demokratie gegen Verfehlungen der gesetzgebenden Organe, gegen den "Gesetzesabsolutismus", sicherzustellen oder zu verteidigen. Im übrigen bleibt es jedoch in der Weimarer Zeit bei dem von der Autorität des Gesetzgebers getragenen Gesetzesbegriff.

4.) In der nationalsozialistischen Aera wird der Gesetzespositivismus auf die Spitze getrieben. Eine "Norm" gilt während des NS-Regimes nur, w e i l und w i e sie die dafür vorgesehenen Organe erlassen haben. Rechtswirksam zustandegekommene Normen aus der Zeit vor 1933 - etwa solche der Weimarer Verfassung - werden einfach nicht mehr angewendet, wenn sie der Tendenz und Ideologie des Regimes widersprechen.

Insofern ist die 1945 einsetzende Kritik, die die Pervertierung des Gesetzesbegriffs im "Dritten Reich" auf seine allmähliche Wertentleerung seit dem Ende des 19. Jahrhunderts zurückführt[2], nur bedingt richtig[3]. Auch eine Beachtung inhaltlicher Grenzen der Gesetze hätte nur wirksamen Schutz gegen die NS-Auswüchse geboten, wenn diese inhaltlichen Grenzen einigermaßen scharf umrissen gewesen wären.

---

1) Gesetzesdämmerung, JW 1924, 243 ff. (248).
2) Vgl. Schiffer, Die deutsche Justiz, S. 23 ff.
3) Nach Ruscheweyh, Zeitbedingte Probleme, S. 37, glückte der Einbruch des Nationalsozialismus in die Rechtsprechung gerade durch Anwendung irrationaler Begriffe wie etwa "gesundes Volksempfinden".

5.) Unmittelbar nach dem Krieg ist man jedenfalls geneigt, den Positivismus als den für das Unheil der NS-Zeit verantwortlichen Faktor anzusehen. Unter diesem Eindruck ändert selbst Radbruch seine ursprünglich streng positivistische Meinung und spricht dem Gesetz schon dann die Rechtsnatur ab, wenn in ihm die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird[1]. Von anderen wird das Gesetz ganz allgemein unter die guten Sitten gestellt[2] oder der Gerechtigkeitsidee untergeordnet[3]. Das Recht wird als über dem Gesetz stehend empfunden[4], und man stellt fest, daß die Anwendung, ja schon die Existenz eines inhaltlich ungerechten Gesetzes der Autorität des Rechts mehr schaden als nützen würde[5]. Auch die Rechtsprechung der damaligen Zeit beschreitet diesen Weg und entbindet den Richter von der Pflicht, unsittliche Gesetze anzuwenden[6].

Nachdem die erste Nachkriegswelle der Propagierung eines "vernünftigen" Gesetzesbegriffs abgeebbt ist, taucht wieder die antithetische Gegenbewegung mit

---

1) Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, Sp. 105 ff. (107).
2) Vgl. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts, S. 151; Walter Becker, Der richterliche Widerstand, SJZ 1947, Sp. 480 ff. (487).
3) Vgl. Scholz, Gesetz und Gerechtigkeit, JZ 1955, 241.
4) Vgl. Buchwald, Gerechtes Recht, S. 102.
5) Vgl. Roemer, Von den Grenzen und Antinomien des Rechts, SJZ 1946, Sp. 9.
6) Vgl. u.a. AG Wiesbaden v. 13.11.1945, SJZ 1946, Sp. 36; LG Bonn v. 29.10.1947, MDR 1948, 153; OGH v. 20.5.1948, HESt. 1, 125 ff. (129); v. 26.2.1949, OGHSt. 1, 343 ff. (354); v. 24.5.1949, OGHSt. 2, 69.

dem rein voluntaristischen Gesetzesbegriff auf[1], wie er sich in § 1 Abs. 2 der VO Nr. 165 über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Britischen Zone[2] niederschlägt.

6.) Diese Bewegung hat jedoch nicht mehr die Kraft wie in den Zwanzigerjahren und vorher. Dazu trägt nicht unwesentlich das Grundgesetz und der Wortlaut seines Art. 20 Abs. 3 bei, so umstritten diese Vorschrift auch ist. H e u t e kann man einen Gesetzesbegriff als gegeben ansehen, der grundsätzlich voluntaristisch ausgestaltet ist, dem aber gewisse inhaltliche Grenzen immanent sind. Diese Inhaltsbeschränkungen sind die gleichen wie die für den Rechtsbegriff beschriebenen[3]. Insbesondere steht auch der Gesetzesbegriff unter den Voraussetzungen der Radbruchformel.

§ 16. Konsequenzen für die Auslegung von Art. 20 Abs. 3 GG

Die Auslegung von "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 ergibt aus der getrennten Betrachtung von Gesetz und Recht folgendes:

---

1) Vgl. OLG Hamburg v. 18.6.1947, SJZ 1948, Sp. 35 ff. mit ablehnender Kritik von Erdsiek.
2) "Die Gerichte dürfen die Anwendung einer bestehenden gesetzlichen Vorschrift nicht deshalb ablehnen, weil sie nach ihrer Ansicht der Billigkeit oder übergesetzlichen Grundsätzen widerspricht."
3) Vgl. oben, § 13.

1.) Der Gesetzesbegriff ist - wenn auch nur in dem oben beschriebenen, sehr beschränkten Umfang - inhaltsbezogen. Die Gesetzesqualität ist nicht lediglich von der Autoritat und Macht des Gesetzgebers abhängig. Ein staatlicher Befehl kann nicht schon deshalb als Gesetz angesprochen werden, weil er das formelle Gesetzgebungsverfahren ordnungsgemäß durchlaufen hat. Andererseits hat ein solches formell wirksam zustandegekommenes Gesetz die Vermutung der materiellen Richtigkeit für sich[1].

2.) Für das sich aus Art. 20 Abs. 3 ergebende Problem reicht jedoch die Umschlagwirkung des Gesetzesbegriffs aus, die dahingeht, ein äußerst ungerechtes, unsittliches, willkürliches "Gesetz" in ein Nicht-Gesetz zu verwandeln.

So gesehen, wäre "Recht" in Art. 20 Abs. 3 ein überflüssiges Regulativ. Dies gilt insbesondere, weil wir festgestellt haben, daß Recht keineswegs identisch ist mit übergesetzlichem Recht. Wenn aber Recht Gesetz plus Gewohnheitsrecht beinhaltet, und die gleichen Schranken wie beim Gesetz es dem Recht unmöglich machen, gewisse äußerste Inhalte anzunehmen, dann kann man den Rechtsbegriff dem Gesetzesbegriff gleichsetzen.

3.) Trotzdem hat der Rechtsbegriff neben dem Gesetzesbegriff in Art. 20 Abs. 3 einen gewissen Sinn. Am R e c h t s b e g r i f f nämlich ist historisch die Frage der Geltungskraft entwickelt worden. Dieser

---

1) Vgl. Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.

Begriff stand im Brennpunkt der Fragen nach dem erlaubten Inhalt des Rechts, der Souveränität, des Widerstandsrechts und der Grenzen der Staatsmacht. So ist es erklärlich, daß sich vor allem mit dem Rechtsbegriff der Gedanke des über die Willensentschließung des Gesetzgebers hinausgehenden Naturrechts verbindet; überhaupt scheint jeder schlechte Norminhalt sich weniger mit dem Rechtsbegriff als mit dem Gesetzesbegriff vereinbaren zu lassen. Anders ausgedrückt: die inhaltliche Beschränktheit der Rechtsetzung ist - mindestens sprachlich - eher dem Rechts- als dem Gesetzesbegriff inhärent.

Dadurch kommt dem Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 eine D e m o n s t r a t i o n s f u n k t i o n zu[1]. Er soll die Abhängigkeit des Gesetzgebers von gewissen unumgänglichen - wenn auch vielleicht historisch relativen - Wertvorstellungen demonstrieren. Er dient damit gewissermaßen als Auslegungshilfe für das richtige Verständnis des Gesetzesbegriffs. In der Sprachwissenschaft nennt man dieses Verfahren Synonymendopplung. Durch die Aneinanderreihung zweier nahezu gleichbedeutender Begriffe soll vermieden werden, daß bei der Interpretation eines Einzelbegriffs eine Art toter Punkt entsteht[2].

---

1) Ähnlich: Bachof, Verfassungswidrige Verfassungsnormen, S. 51, deren Art. 20 Abs. 3 eine U n t e r s t r e i c h u n g der Prüfungsbefugnis am Rechtsgehalt sieht und Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20, nach dem die Vorschrift einen Aufruf zur Bewahrung des Rechtsbewußtseins enthält.

2) Vgl. Elwert, Zur Synonymendopplung als Interpretationshilfe, Archiv für das Studium neuerer Sprachen, Bd. 159, S. 24 ff.

Außerdem soll der Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 die dualistischen Züge unserer Verfassung aufzeigen, die der Volkssouveränität als e i n e m Ausgangsprinzip die Souveränität des Rechts als Grundlage materieller Rechtstaatlichkeit gegenüberstellt[1]. In dieser Demonstrationsfunktion hat der Rechtsbegriff immerhin bewirkt, daß die Woge naturrechtlichen Überschwanges nach 1945 nicht in das positivistische Gegenteil umschlagen konnte.

Streng logisch gesehen, wird "Recht" gegenüber "Gesetz" in Art. 20 Abs. 3 tautologisch gebraucht. Wegen seiner Demonstrationsfunktion jedoch ist der Rechtsbegriff nicht nur unschädlich an diesem Platze, sondern zurecht dort.

---

1) Vgl. Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, S. 27.

4. Kapitel: "Gesetz und Recht" im Verhältnis zu den übrigen grundgesetzlichen Sicherungen gegen "unrichtiges Recht"

§ 17. Die verschiedenen Bedeutungen des Rechtsstaatsbegriffs

1.) Nach der Deutung des Rechts- und des Gesetzesbegriffs konnten wir feststellen, daß der Rechts- und der Gesetzesbegriff gegenüber dem jeweils anderen Begriff in Art. 20 Abs. 3 nur im logischen, nicht aber im funktionellen Sinne tautologisch gebraucht werden.

Wenn man einmal davon ausgeht, daß die Grundfassung von Art. 20 Abs. 3 entsprechend dem Inhalt von Art. 97 die Verwaltung und Rechtsprechung nur an das Gesetz binden würde, dann fragt es sich, ob diese Bindung nicht im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip im Grundgesetz genau dieselbe wäre, wie sie durch Aufnahme des Rechtsbegriffs in Art. 20 Abs. 3 erreicht wird. Schließt nämlich nicht das Rechtsstaatsprinzip extrem ungerechte oder unvernünftige Gesetze, also "unrichtiges Recht", aus? Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es einer Klärung der Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips im allgemeinen und des vom Grundgesetz übernommenen Rechtsstaatsprinzips im besonderen.

2.) Man kann drei Bedeutungserscheinungen des Rechtsstaatsbegriffs unterscheiden, die jeweils auf historisch-ideologische Gegebenheiten zurückzu-

führen sind[1].

a) Der erste Rechtsstaatsbegriff taucht im frühliberalen Anfang des 19. Jahrhunderts auf[2]. Er entsteht im Kampf gegen den absoluten Polizeistaat. Der Begriff selbst geht auf Robert v. Mohl zurück[3], der seinerseits die Elemente des Rechtsstaats auf Hugo Grotius zurückführt und den Staat als eine Rechtsanstalt ansieht, die zur Schonung der Freiheit der einzelnen auf ein engstes Maß an Wirksamkeit beschränkt ist[4]. Der so verstandene Staat ist der Verfassungsstaat mit den Elementen des Staatsbürgertums, den politischen Grundrechten, der Volksvertretung und der Unabhängigkeit der Gerichte.

b) Als Antithese zu diesem beschränkt materiellen Rechtsstaatsbegriff entwickelt sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts ein streng formeller Rechtsstaatsbegriff, dessen Hauptmerkmal eine bestimmte - eben die konstitutionelle - staatliche Organisations-f o r m ist. Dieser im Manchestertum begründete Rechtsstaatsbegriff wird zum ersten Mal von Stahl definiert. Danach ist der Staat ein Rechtsstaat, der "die Bahnen und die Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmt und die sittlichen Ideen von

---

1) Vgl. Schindler, Über den Rechtsstaat, S. 1.
2) Vgl. Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats, S. 11 ff.; Nawiasky, Staatsrechtslehre, S. 121 ff.; Hans Peters, Rechtsstaat und Rechtssicherheit, S. 66 ff.
3) Vgl. Richard Thoma, Rechtsstaatsidee, S. 197.
4) Mohl, Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften, Bd. I, S. 230.

Staats wegen nicht weiter verwirklicht, als es der Rechtssphäre angehört"[1].

Dieser formelle Rechtsstaatsbegriff umfaßt vor allem die Postulate der Gewaltenteilung, der gesetzmäßigen Verwaltung und der Verwaltungsgerichtsbarkeit. In der positivistischen Periode vor und nach dem ersten Weltkrieg ist dieser formelle Rechtsstaatsbegriff vorherrschend. Richard Thoma schiebt die Versuche, wieder inhaltliche Momente in den Rechtsstaatsbegriff zu bringen, auf das Gebiet der Vulgärsprache ab[2] und bezeichnet die Forderung nach "dunkler und unbestimmter Hereinnahme eines sachlichen Elements"[3] als politische im Gegensatz zur formaljuristischen Rechtsstaatsidee. In der Folgezeit wird das Rechtsstaatsprinzip immer mehr formalisiert und jeglichen Inhalts entleert[4]. Höhepunkt dieser Entwicklung ist einmal die Behauptung Kelsens[5], jeder Staat als rechtliche Institution sei Rechtsstaat und zum andern die Inanspruchnahme des Rechtsstaatsbegriffs für und durch den nationalsozialistischen Staat[6].

c) Nach dem zweiten Weltkrieg ist mit der Erfahrung auch die Erkenntnis vorhanden, daß ein formales, rein auf die Legalität gestütztes Rechtsstaatsprinzip nicht imstande ist, den Einbruch des Unrechts in den Staat zu verhindern[7]. Die inhaltliche Auf-

---

1) Zit. nach Grewe, Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, DRZ 1949, S. 392.
2) Richard Thoma, Rechtsstaatsidee, S. 200.
3) Ders. a.a.O., S. 201, FN. 1.
4) Vgl. Hans Huber, Krise des Rechtsstaats, S. 70.
5) "Was ist die reine Rechtslehre?", in: Festgabe für Giacometti, Zürich 1953, S. 143 ff. (155).
6) Vgl. Heinrich Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, Tübingen 1934, S. 40.
7) Vgl. Hans Huber a.a.O., S. 70.

füllung des Rechtsstaatsbegriffs beginnt. Die damit in Zusammenhang stehende "Renaissance des Naturrechts" macht sich bemerkbar. Der Rechtsstaatsbegriff im d r i t t e n Sinn nimmt wieder inhaltliche Werte in sich auf. Man unterscheidet nun klar zwischen Rechtsstaat im formellen und im materiellen Sinn[1].

3.) Das wäre an und für sich noch kein Fortschritt gegenüber Richard Thoma, der mit seinem politischen Rechtsstaatsbegriff auch nichts anderes als den materiellen Rechtsstaatsbegriff meint. Neu daran ist aber, daß man dieser, die materielle Gerechtigkeit anstrebenden Rechtsstaatlichkeit, gegenüber dem Rechtsstaat im klassischen Sinn nunmehr den Vorzug gibt; daß dieser Rechsstaat nicht nur Forderung an den Gesetzgeber bleibt, sondern Verfassungswirklichkeit wird.

Wenn man den Mohlschen Rechtsstaatsbegriff als b e s c h r ä n k t -materiell bezeichnet, so könnte man den Rechtsstaatsbegriff der Nachkriegszeit als v o l l -materiell bezeichnen. Damit kommt die Verwandtschaft zwischen ursprünglichem und heutigem Rechtsstaatsbegriff gut zum Ausdruck.

Die Aussage "voll-materiell" darf allerdings nicht dazu verführen, die Ziele des "Gerechtigkeitsstaates" (Dürig) nur in der Verwirklichung der Billigkeit gegenüber dem Staatsbürger zu sehen, da auch diesem materiellen Rechtsstaat eine formelle, auf Rechtssicherheit ausgerichtete, Komponente zugeordnet ist[2].

---

1) Vgl. Dürig, Kommentar, Randn. 58 ff. zu Art. 20.
2) Vgl. dens. a.a.O., Randn. 60.

§ 18. Der Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes und Art. 20 Abs. 3 GG

1.) Daß die Bundesrepublik nach dem Vorstellungsbild des Grundgesetzgebers ein Rechtsstaat ist, ist nach Dürig[1] einhellige Meinung. Die Rechtsstaatlichkeit der Bundesrepublik ergibt sich schon aus Art. 28 GG. Das dort für die Länder maßgeblich erklärte Verfassungsprinzip der sozialen Rechtsstaatlichkeit ist natürlich für den Bund selbst auch verbindlich[2]. Einen Grundgesetzartikel, der den Rechtsstaatscharakter der Bundesrepublik ausdrücklich festlegt und abschließend die Merkmale des Rechtsstaats aufzählt und verwirklicht, gibt es allerdings nicht. Wesentliche Ausschnitte des Ideenkreises "Rechtsstaat" sind jedoch in Art. 20 GG eingegangen[3]. Dazu kommen die Gewährung der unmittelbar geltenden Grundrechte, die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 und vor allem die Sperrklausel des Art. 79 Abs. 4, die den Rechtsstaat vor der "dezisionistischen Demokratisierung"[4] schützen soll.

2.) Wenn es auch keine Frage ist, daß unser Grundgesetz das Rechtsstaatsprinzip verwirklichen will, so ist damit noch nicht geklärt, welcher der aufgezeigten verschiedenen Rechtsstaatsbegriffe vom Verfassungsgeber gemeint ist. Für das Verhältnis zwischen "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 auf der einen und dem Rechtsstaatsprinzip auf der anderen Seite kommt

---

1) Kommentar, Anm. IV am Anfang zu Art. 20; vgl. auch Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 14; Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 1 mit weiteren Verweisen.
2) So ausdrücklich Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, S. 390.
3) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 59.
4) Vgl. Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, S. 107 ff.

es aber entscheidend darauf an, ob das formelle oder das materielle[1] Rechtsstaatsprinzip Eingang in das Grundgesetz gefunden hat; denn nur das materielle Rechtsstaatsprinzip als Prinzip der Gerechtigkeitsverwirklichung, das den Gesetzesinhalt unter gewissen Voraussetzungen für die Wirksamkeit des Gesetzes relevant erklärt, nur dieses Rechtsstaatsprinzip könnte den Rechtsbegriff in Art. 20 Abs. 3 überflüssig machen. Der formelle aber auch der beschränkt-materielle Rechtsstaatsbegriff Mohls berühren das Problem "Gesetz und Recht" nicht. Umgekehrt allerdings lassen sich formeller und beschränkt-materieller Rechtsstaatsbegriff bei Bejahung der Wertbezogenheit von Gesetz und Recht kaum noch als Verfassungsbegriffe des Grundgesetzes halten.

a) Nur eine Mindermeinung in der Literatur vertritt noch die These, daß das Grundgesetz an den traditionellen[2] Rechtsstaatsbegriff oder an den Rechtsstaatsbegriff Stahlscher Prägung anknüpfe.[3]

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung aber restauriert das Grundgesetz nicht den bürgerlichen Rechtsstaat, sondern den materiellen im oben beschriebenen Sinn[4].

---

1) Gemeint ist damit im folgenden der voll-materielle Rechtsstaatsbegriff.
2) Vgl. Fritz Werner, Verwaltungsrecht als Konkretisierung des Verfassungsrechts, DVBl. 1959, 527 ff. (529); Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 59.
3) Vgl. Grewe, Die Bundesrepublik als Rechtsstaat, DRZ 1949, 392.
4) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 38; Dürig, Kommentar, Randn. 59 zu Art. 20; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats, S. 17; Peters, Rechtsstaat und Rechtssicherheit, S. 66; eindeutig: BGHZ v. 10.7. 1952, NJW 1952, 1139; indirekt auch: BVerfGE 1, 14 ff. (Leitsätze 27 und 28); VerfGE 2, 403 ff. (408).

Nawiasky nimmt eine Sonderstellung dazu ein. Auch er ist der Ansicht, man komme bei der Definition des Rechtsstaats nicht ohne die Gerechtigkeit aus[1]. Er geht aber weiter und meint, wenn man das Erfordernis der Gerechtigkeit als wesentliches Moment für die Gestaltung des Rechtsstaatsbegriffs verstehe, dann ergäbe sich daraus, daß er nicht für jeden Staat und nicht für jedes Recht integrierender Bestandteil sei; es sei nämlich nicht ausgeschlossen, daß es ungerechtes Recht gäbe[2].

b) Nawiasky hätte mit seiner Ansicht recht, wenn man in den materiellen Rechtsstaat die Verwirklichung der vollen Gerechtigkeit miteinbeziehen würde. Dann wäre dieser Rechtsstaat nur ein politisches Ideal. In Wirklichkeit aber hat - wie oben schon angedeutet - auch das materielle Rechtsstaatsprinzip eine formelle Komponente[3], die auf Verwirklichung des Prinzips der Rechtssicherheit[4] und die daraus abgeleitete Vermutung hinausläuft, daß ein ordnungsgemäß zustandegekommener gesetzgeberischer Beschluß auch ein rechtswirksames Gesetz ist. Wenn überhaupt das materielle Rechtsstaatsprinzip den möglichen Gesetzesinhalten Schranken setzt, dann doch nur solche, die ihrerseits wieder durch das ihnen immanente formelle Element selbst beschränkt sind. Im Ergebnis könnte der Rechtsstaatsbegriff die Gesetzgebung nur s o beschränken, wie der Rechts- und Gesetzesbegriff

---

1) Nawiasky, Staatsrechtslehre, S. 130.
2) Ders. a.a.O., S. 131.
3) Vgl. Dürig, Kommentar, Randn. 60 zu Art. 20.
4) Vgl. BVerfGE 2, 380 ff. (403); 3, 225 ff. (237).

ohnehin eine Indifferenz gegenüber dem Norminhalt verbieten[1]. Insofern stimmt Nawiaskys These, es gäbe unrichtiges aber wirksames Recht, wenn er meint, ungerechtes Recht sei grundsätzlich möglich; sie stimmt aber nicht, wenn er glaubt, der Ungerechtigkeitsgehalt eines Gesetzes könne beliebig gesteigert werden, ohne daß der Rechtsstaat dies verbiete oder - was das gleiche bedeutet - das Recht in Unrecht umschlage.

3.) Bei der kritischen Betrachtung der These Nawiaskys wurde einfach davon ausgegangen, daß das Prinzip der im Grundgesetz verwirklichten materiellen Rechtsstaatlichkeit auch die Inhaltsabhängigkeit von Gesetz und Recht bedeute. Dafür ist der Nachweis noch zu führen.

a) Der Inhalt der zum Verfassungsprinzip des Grundgesetzes erhobenen Rechtsstaatlichkeit wird in der Hauptsache aus Art. 20 - und was die Qualitätserfordernisse wirksamer Gesetze angeht - speziell aus Art. 20 Abs. 3 entnommen. Zur Lösung unseres Problems ist diese Methode ungeeignet, da wir ja gerade den Einfluß des Rechtsstaatsprinzips auf "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 untersuchen. Deshalb wäre ein Rückgriff auf Art. 20 Abs. 3 zur Klärung dieser Seite der Rechtsstaatlichkeit hier eine petitio principii. Das heißt aber nicht etwa, daß sich aus Art. 20 Abs. 3 nicht auch das Prinzip der materiellen Rechtsstaatlichkeit ableiten ließe. Das heißt nur, daß die lediglich aus Art. 20 Abs. 3

---

1) Vgl. oben, §§ 12 und 16.

abgeleitete Rechtsstaatlichkeit[1] kein neues und selbständiges Argument für die Tautologie des Begriffspaars in Art. 20 Abs. 3 darstellt.

Ähnliches gilt für den Hinweis auf den Grundrechtskatalog als Ausprägung des materiellen Rechtsstaatsprinzips[2]. Gesetze, die gegen Grundrechte verstoßen, sind schon deshalb verfassungswidrig, also unwirksam. Diese Tatsache wird nur terminologisch im Kreise gedreht, wenn man aus der Existenz dieser Grundrechte und ihrer unmittelbaren Wirkung auf ein Rechtsstaatsprinzip schließt, das wiederum die Norminhalte beschränkt.

b) Es bleibt deshalb nur noch die Möglichkeit, den Begriff des materiellen Rechtsstaats unabhängig von den Grundgesetznormen zu untersuchen, in denen er verfassungsmäßigen Ausdruck gefunden hat. Als gegeben kann man dabei annehmen, daß der Rechtsstaat im materiellen Sinn Gerechtigkeit verwirklichen will. Schon daraus könnte man die Folge ableiten, daß ein solcher Rechtsstaat keine Gesetze zuläßt, die eklatant gegen die allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen verstoßen.

Es bieten sich jedoch noch weitere Erwägungen an. Der Begriff des formellen Rechtsstaats enthält in seiner verfeinerten Form so viele Schutzprinzipien zugunsten des einzelnen[3], unter anderem auch die Gewähr persönlicher Grundrechte, daß für den materiellen Rechtsstaat überhaupt kein Bedarf und

---

1) in ihrer speziellen Auswirkung auf den Inhalt von "Gesetz und Recht".
2) Vgl. Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.
3) Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 59, zählt sieben solche Prinzipien auf.

keine Funktion übrig bliebe, wollte man ihm nicht Einfluß auf den Inhalt von Gesetzen geben. Das Prinzip des materiellen Rechtsstaats, nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen "Rechtsstaats" mit soviel Verve entdeckt, wäre dann weiter nichts als ein deklamatorischer Ruf nach Gerechtigkeit ohne Widerhall in der Rechtswirksamkeit.

Auch die immer wieder betonte Antinomie zwischen demokratischem und rechtsstaatlichem Prinzip[1] ist nur verständlich, wenn dabei ein Rechtsstaat mit realer Gerechtigkeitsverwirklichung gemeint ist. Kägi zeigt in seiner Arbeit über dieses Problem[2] deutlich, wie die Formalisierung und Technisierung des Rechtsstaatsprinzips dazu führt, einer überspitzten Demokratisierung und Verabsolutierung der Mehrheitsentscheidung Tür und Tor zu öffnen. Sobald nämlich das Spannungsverhältnis zwischen Rechtsstaat und Demokratie dadurch aufgehoben wird, daß der Rechtsstaat mangels inhaltlicher Bestimmtheit dem Demokratismus keinen Widerstand mehr bieten kann, hat die Rechtsstaatlichkeit ihren Sinn verloren. Solange aber die Spannung zwischen beiden Prinzipien besteht - die am besten in Art. 79 Abs. 3 GG Ausdruck findet - erkennt man, daß das Rechtsstaatsprinzip sich nicht eigentlich antinomisch zum Demokratieprinzip verhält, sondern daß der materiell verstandene Rechtsstaat das notwendige inhaltliche Korrelat zum bloßen Formprinzip der Demokratie dar-

---

1) Vgl. Maunz, Deutsches Staatsrecht, S. 59; Kägi, Rechtsstaat und Demokratie, S. 108 ff.
2) a.a.O., S. 132 ff.

stellt. Ob man das Rechtsstaatsprinzip wie Kägi[1] als conditio sine qua non der Demokratie oder wie Maunz[2] als ihr immanent betrachtet, spielt dann keine entscheidende Rolle.

Entscheidend ist nur, daß dieses materielle Rechtsstaatsprinzip auch wirklich normerfüllende Wirkung zeigt. Das materielle Rechtsstaatsprinzip, wie es das Grundgesetz übernommen hat, müßte auch ohne Grundrechte und ohne Art. 20 Abs. 3 ein extremes Willkür-"Gesetz" in die Schranken der Wirkungslosigkeit verweisen können. Diese Wirkung des materiellen Rechtsstaatsprinzips wird in Lehre und Rechtsprechung auch anerkannt[3].

Zweierlei kann nunmehr festgestellt werden:
Einmal bewirkt das Rechtsstaatsprinzip eine Werterfülltheit des Gesetzes- und Rechtsbegriffs, die sich wegen des ebenfalls im Grundgesetz verwirklichten Prinzips der Rechtssicherheit in den Grenzen hält, die in der mehrfach erwähnten Radbruchformel umschrieben werden.

Zum anderen käme man zu diesem Ergebnis auch ohne Art. 20 Abs. 3. Daraus wiederum könnte der Schluß gezogen werden, für die inhaltliche Begrenzung des Gesetzes- und Rechtsbegriffs sei Art. 20 Abs. 3 überflüssig, da schon das Rechtsstaatsprinzip diese Absicherung des Rechts vor legalistischen Unterwanderungen besorge.

---

1) Rechtsstaat und Demokratie, S. 137.
2) Deutsches Staatsrecht, S. 59.
3) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 39; Dürig, Kommentar, Randn. 59 zu Art. 20; Huber, Krise des Rechtsstaats, S. 87; Kägi a.a.O., S. 135 ff.; Klein, Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, S. 394; BVerfGE 6, 41.

4.) Aber auch hier kommt ähnlich wie bei dem Verhältnis zwischen "Gesetz und Recht" die Demonstrationsfunktion von Art. 20 Abs. 3 zum Zuge. Während bei jenem Verhältnis der Rechtsbegriff für die Wertbezogenheit des Gesetzesbegriffs demonstriert, macht hier Art. 20 Abs. 3 auf die Bedeutung des materiellen Rechtsstaatsprinzips für Gesetz und Recht aufmerksam. Der insofern deklaratorische Charakter von Art. 20 Abs. 3 kann dann in einen normativen umschlagen, wenn sich die Vorstellungen vom Rechtsstaat wieder ändern sollten. Der Annahme eines nur formellen Rechtsstaatsprinzips könnte dann Art. 20 Abs. 3 GG entgegenstehen.

§ 19. Art. 20 Abs. 3 GG und die Grundrechte

1.) Nun könnte die Kopplung von Gesetz und Recht in Art. 20 Abs. 3 noch aus anderen Erwägungen unnötig sein. Ein unsittliches, grob gegen die Gerechtigkeit verstoßendes "Gesetz" ist schon per definitionem weder Gesetz noch Recht. Außerdem würde es unabhängig davon aus dem Aspekt des materiellen Rechtsstaatsprinzips als per Saldo unwirksam angesehen werden müssen. Aus Gründen der Rechtssicherheit können aber die Anforderungen an die inhaltliche Qualität eines Gesetzes nicht so hoch gesteckt werden, daß sie sich mit der Gerechtigkeit deckten. Es fragt sich nun, ob diese Anforderungen nicht erreicht oder gar übertroffen werden von d e n Anforderungen, die das Grundgesetz in seinem Grundrechtsteil selbst an den Gesetzesinhalt stellt.

2.) Dürig verbindet diesen Gedanken mit dem Vorbehalt gegen diese These, wenn er schreibt, ein Auseinanderklaffen von Gesetz und Recht sei nicht möglich, s o l a n g e der Staat in allen seinen Erscheinungsformen den positivrechtlichen Verfassungsbefehl befolge[1].

Tatsächlich kann man sich heute kein "Gesetz" vorstellen, daß wegen übergroßen Ungerechtigkeitsgehalts unbeachtlich wäre, ohne daß es gleichzeitig wegen Verstoßes gegen die Grundrechte verfassungswidrig wäre. Selbstverständlich hätte eine Denaturierung und Formalisierung der Grundrechte auch eine Überspielung von Art. 20 Abs. 3 sowie des materiellen Rechtsstaatsgedankens als Begleiterscheinung im Gefolge.

Rechtstechnisch-dogmatisch aber erscheint es als Fortschritt, wenn der Gedanke der relativen Wertbezogenheit des Gesetzes gegenüber dem Grundrechtsschutz verselbständigt ist. Wie gesagt: Das synonyme Begriffspaar weist darauf nur hin. Dieser Hinweis ist in Bezug auf die Grundrechte genausowenig unnötig wie gegenüber der von Art. 20 Abs. 3 unabhängigen Wertgebundenheit von Gesetz und Recht. So nämlich bleibt - jedenfalls dogmatisch der werterfüllte Gesetzesbegriff trotz eventueller Aushöhlung oder Außerachtlassung der Grundrechte erhalten.

---

1) Dürig, Kommentar, Randn. 72 zu Art. 20.

Schluß

§ 20. Art. 20 Abs. 3 GG als Zentrum des verfassungsmäßigen Schutzes vor Aushöhlung des Rechts

1.) Durch Art. 20 Abs. 3 kommt nach alledem nicht mehr an Wertgebundenheit in den Gesetzesbegriff als ohnehin per definitionem in ihm steckt. Insbesondere rezipiert Art. 20 Abs. 3 über den Rechtsbegriff kein Naturrecht oder sonstwie zu bezeichnendes überpositives Recht.

Man könnte höchstens das Zusammenwirken des inhaltsabhängigen Gesetzesbegriffs, seine Unterstreichung durch "Recht" in Art. 20 Abs. 3 mit dem materiellen Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten zu dem Ergebnis verbinden, daß all dies dem voluntaristischen, demokratischen Prinzip eine Art "negatives Naturrecht" entgegenstellte."Negatives Naturrecht" deshalb, weil die überpositiven Rechtswerte im Rahmen der Radbruchformel nicht konstruktiv eingreifen, sondern lediglich auf eine gesetzte Norm negativ einwirken. Damit soll gesagt werden, daß es an Stelle gesetzten Rechts keine geschlossenen Wertsysteme gibt[1], auf die man zurückgreifen könnte, wo eine Norm fehlt oder nicht zweckmäßig und richtig gestaltet zu sein scheint. Es gibt aber personal- und sachbezogene Werte, die - jedenfalls

---

1) nach denen etwa - wie Apelt, Die Gesetzgebungstechnik, München 1950, S. 9, befürchtet - über die Gerichte die Monarchie als Verfassungsgrundsatz eingeführt werden könnte.

in ihrer heutigen historischen Gegebenheit - so evident verbindlich sind[1], daß, wenn ihnen ein Gesetz zuwiderläuft, ihre negative Wirkung ein solches Gesetz ausschaltet.

2.) Dieses "negative Naturrecht" steckt immanent im Gesetzes- und Rechtsbegriff selbst. Es wird dreifach abgesichert: durch das Rechtsstaatsprinzip, durch die Grundrechte und durch Art. 20 Abs. 3. Durch Art. 20 Abs. 3 sachlich am schwächsten, weil "Gesetz und Recht" als synonym-gedoppelte Begriffe nur Hinweischarakter haben.

Auf der anderen Seite geht die Bedeutung von Art. 20 Abs. 3 auch wieder über diejenige der übrigen zwei Sperrprinzipien hinaus. "Gesetz und Recht" in Art. 20 Abs. 3 faßt nämlich alle Elemente dieses grundgesetzlichen Schutzkreises zusammen und stellt damit das Zentrum für alle Überlegungen in dieser Richtung dar.

3.) Wenn man an die Bedeutung denkt, die dem Gesetz als wichtigstem Eingriffsakt in die Freiheit des Bürgers zukommt, wenn man weiter im Auge hat, wie seit der Konstitutionalisierung - etwa durch die Prinzipien des Gesetzesvorbehalts und des Gesetzesvorrangs - dem Gesetz die wichtigste Beschützerrolle des Bürgers gegen den Staat zugespielt wurde, dann erscheint eine dreifache Absicherung dieses Begriffs vor Technisierung, Formalisierung und mißbräuchlicher Verwendung zur Schaffung von "gesetzlichem" Unrecht durchaus gerechtfertigt.

---

1) Vgl. Welzel, Irrendes Gewissen, S. 28.

Lebenslauf

Am 14. Juni 1934 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Walter Baumeister und seiner Ehefrau Hedwig, geb. Oberndörfer, in Stuttgart geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Von 1940 - 1945 besuchte ich die Volksschule, daraufhin die Oberschule. Am 22. Februar 1954 legte ich die Reifeprüfung am Gymnasium Stuttgart-Feuerbach ab.

Im Sommersemester 1954 nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen auf. Im Wintersemester 1955/56 wechselte ich an die Freie Universität Berlin über, wo ich zwei Semester verbrachte. Die folgenden zwei Semester absolvierte ich an der Universität Heidelberg. Im Wintersemester 1957/58 ging ich an die Universität Tübingen zurück, wo ich am 9. Dezember 1958 die 1. juristische Staatsprüfung ablegte. Von Januar 1959 bis zur 2. juristischen Staatsprüfung am 21. Juli 1963 leistete ich den juristischen Vorbereitungsdienst zum Teil bei Berliner Gerichten und Behörden ab.

Seit dem 1. Oktober 1963 bin ich als Gerichtsassessor am Landgericht Berlin tätig.